



PATRÍCIA CABRAL

CONSTRUÇÃO DE UMA RESPONSABILIDADE EUROPEIA ALÉM-FRONTEIRAS

O NOVO CONCEITO DE «FALHAS SISTÉMICAS» NO QUADRO DOS CRITÉRIOS DE DETERMINAÇÃO DO ESTADO-MEMBRO RESPONSÁVEL PELO TRATAMENTO DOS PEDIDOS DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL BASEADOS NO ARTIGO 78.º DO TFUE

Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre
em Direito com especialização em Ciências
Jurídicas Internacionais.

Orientador | Professor Doutor Nuno Piçarra

Docente da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Julho de 2015

PATRÍCIA CABRAL

CONSTRUÇÃO DE UMA RESPONSABILIDADE EUROPEIA ALÉM-FRONTEIRAS

O NOVO CONCEITO DE «FALHAS SISTÉMICAS» NO QUADRO DOS CRITÉRIOS DE DETERMINAÇÃO DO ESTADO-MEMBRO RESPONSÁVEL PELO TRATAMENTO DOS PEDIDOS DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL BASEADOS NO ARTIGO 78.º DO TFUE

Dissertação com vista à obtenção do grau de Mestre
em Direito com especialização em Ciências
Jurídicas Internacionais.

Orientador | Professor Doutor Nuno Piçarra

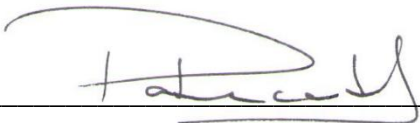
Docente da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa

Julho de 2015

DECLARAÇÃO DE COMPROMISSO ANTI-PLÁGIO

Declaro, por minha honra, que o trabalho que apresento é original e da minha exclusiva autoria. Todas as contribuições e textos de outros autores encontram-se devidamente referenciados.

Maputo, 15 de julho de 2015,



DECLARAÇÃO DE CARACTERES

Declaro que o corpo desta dissertação, incluindo espaços e notas de rodapé, ocupa um total de 186.595 caracteres.

Maputo, 15 de julho de 2015,



A handwritten signature in dark ink, featuring a large, sweeping initial 'D' followed by several loops and a final vertical stroke, positioned above a horizontal line.

Dedico esta reflexão a cada um dos sorrisos
de quem encontrou por fim um abrigo, aos
que desafiaram as fronteiras invisíveis para os
guiar, e a todos os contadores de
histórias e de reencontros além-mar.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Doutor Nuno Piçarra, o meu sincero agradecimento pela dedicação ímpar e louvável à academia, com um permanente e genuíno interesse pelos seus alunos e orientandos. Obrigada pelo ilimitado apoio, por acreditar nas minhas capacidades e pela extrema exigência que tantas vezes me levou a ir um pouco mais além.

À Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa e ao Réseau Odysseus da Université Libre de Bruxelles, por me terem possibilitado a participação no *Cours d'Été en Droit et Politique de l'Immigration et de l'Asile de l'Union Européenne*, uma ferramenta essencial à prossecução do estudo para este trabalho;

A todos os docentes que durante o ano académico deste Mestrado foram incansáveis na transmissão dos conhecimentos, mas principalmente aos que intencionalmente despoletaram discórdia, fomentaram a iniciativa, o espírito crítico e se inconformaram com o conformismo;

Ao meu inseparável parceiro nos desafios académicos e querido amigo, João Frazão. A nossa sinergia conduziu-nos sempre mais longe do que teria sido possível sozinhos;

To you, Nora Eberharter, for endlessly accompanying me throughout our discovery of the human wonders hiding beneath the icebergs and for never letting me halt believing;

E ainda a todos os que se cruzaram no meu caminho e de alguma forma contribuíram para esta reflexão, o meu profundo obrigada.

Ao meu pai, à minha mãe e à minha mana, um agradecimento além-fronteiras.

CONVENÇÃO DE LEITURA

1. Ao referenciar outros autores, na primeira citação menciono o apelido e nome do autor, o título completo, local de publicação, editora e ano, assim como outros elementos identificadores que se julguem convenientes.
2. As seguintes citações incluem o nome do autor e as primeiras palavras do título, seguidas das páginas ou parágrafos a que me pretendo reportar.
3. Admitindo as limitações de linguagem, considerem-se todas as referências feitas ao género masculino não especificadas como aplicáveis a toda a pessoa humana, sem distinção de género.
4. Salvo quando devam ser mantidas na língua original por razões excecionais, as transcrições são geralmente realizadas em língua portuguesa, assumindo a autora a responsabilidade pela tradução.
5. Sem prejuízo de ser de outro modo especificado no texto, “requerente de asilo” deve ser interpretado no sentido lato para incluir todos os tipos de proteção internacional, nos termos da Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de dezembro de 2011.
6. A presente dissertação respeita o Novo Acordo Ortográfico da Língua Portuguesa.
7. As siglas e abreviaturas que se utilizam no corpo da dissertação obedecem aos significados ora enunciados na página seguinte.

LISTA DE ABREVIATURAS

ACNUR	Alto Comissariado das Nações Unidas para os Refugiados
CDFUE	Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia
CEDH	Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (“Convenção Europeia dos Direitos do Homem”)
CRP	Constituição da República Portuguesa
DUDH	Declaração Universal dos Direitos do Homem
EASO	<i>European Asylum Support Office</i> (Gabinete Europeu de Apoio em matéria de Asilo)
ECRE	<i>European Council on Refugees and Exiles</i>
ELSJ	Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça
ONU	Organização das Nações Unidas
ONG	Organizações Não Governamentais
PIDCP	Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos
PIDESC	Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais
SECA	Sistema Europeu Comum de Asilo
TCE	Tratado das Comunidades Europeias
TEDH	Tribunal Europeu dos Direitos do Homem
TFUE	Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TUE	Tratado da União Europeia
UE	União Europeia
UKHL	<i>United Kingdom House of Lords</i> (Câmara de Lordes do Reino Unido)
VG	<i>Verwaltungsgericht</i> (Tribunal Administrativo da Alemanha)

RESUMO

A eliminação dos controlos nas fronteiras internas levou a União Europeia a implementar um mecanismo de determinação do Estado-Membro responsável por analisar cada pedido de asilo, com o principal intuito de evitar a apresentação de múltiplos pedidos de asilo e garantir que seria sempre analisado por um Estado – o sistema de Dublin. Apesar de considerar uma extensa lista de fatores, o critério mais frequentemente utilizado é o do país de entrada no território da União. Assim, os crescentes fluxos migratórios vindos principalmente da margem sul do Mediterrâneo e de Este resultaram numa pressão incomensurável nos países fronteiriços. Progressivamente, países como a Grécia, Bulgária e Itália deixaram de ter capacidade de resposta para acolher todos os requerentes de proteção internacional e começaram os registos de violações de direitos fundamentais associados à ausência de alojamento, de prestação de cuidados básicos e condições de detenção desumanas.

Para impedir que requerentes de proteção internacional entretanto deslocados para outros países da União fossem novamente transferidos para Estados-Membros onde veriam a sua dignidade humana questionada, o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem e o Tribunal de Justiça foram desenvolvendo uma linha jurisprudencial que impede transferências perante um risco de violação de direitos fundamentais, especialmente quando o país de destino apresenta falhas sistémicas no sistema e procedimento de asilo.

A presente dissertação percorre como a jurisprudência influenciou os muito recentes avanços legislativos nesta matéria, para identificar os elementos que hoje constituem a obrigação de não transferência no âmbito do sistema de Dublin.

Por fim, procede a uma análise crítica desta nova obrigação, que se tem revelado claramente insuficiente perante o quadro de proteção internacional de direitos fundamentais a que os Estados-Membros e a União se encontram adstritos, propondo alterações substanciais para um futuro coerente com a solidariedade e responsabilidade global da União Europeia.

Palavras-chave: Requerentes de asilo | Proteção Internacional | Sistema Europeu Comum de Asilo | Regulamento de Dublin | Direitos Humanos | Tribunal de Justiça da União Europeia | Tribunal Europeu dos Direitos do Homem

ABSTRACT

The suppression of internal border controls has led the European Union to establish a mechanism for determining the Member State responsible for examining each asylum application, with the main intention of deterring asylum seekers from lodging multiple applications and guaranteeing that it will be assessed by one of the States – the Dublin System. Even though it holds on a variety of criteria, the most commonly used is the country of first entrance in the EU. The growing migrating flows coming mainly from Northern Africa have thus resulted in an incommensurable burden over the border countries. Gradually, countries like Greece, Bulgaria and Italy have lost capability of providing adequate relief to all asylum seekers and the records of fundamental rights violations related to the provision of housing and basic needs or inhuman detention conditions started piling up.

To prevent asylum seekers who had already displaced themselves to other Member States from being transferred back to countries where their human dignity is questionable, the European Court of Human Rights and the Court of Justice have developed a solid jurisprudence determining that when there is a risk of serious breach of fundamental rights all transfers to that country must halt, especially when it is identified with systemic deficiencies in the asylum system and procedures.

This reflexion will go through the jurisprudence that influenced very recent legislative amendments, in order to identify which elements form part of the obligation not to transfer under the Dublin System.

At last, we will critically analyze the new rising obligation, that has clearly proven insufficient in light of the international fundamental rights framework that the Member States and the EU are bound to respect, proposing substantial amendments with a view to reach a future marked by high solidarity and global responsibility from the European Union.

Keywords: Asylum seekers | International Protection | Common European Asylum System | Dublin Regulation | Human Rights | Court of Justice of the European Union | European Court of Human Rights

“I don’t mind waiting for my future, but not my entire life.”¹

I. A EUROPA COMO DESTINO: FRONTEIRAS E FORTALEZA (INTRODUÇÃO)

Construímos a Europa sobre o valor da diversidade de povos, destruimos as nossas fronteiras sob um sonho de uma Europa unida. Mas quanto mais fortificámos a nossa própria União mais portas fechámos aos que ficaram do lado de fora. Os crescentes fluxos migratórios fundados em motivos muito superiores à vontade humana não vergaram, todavia, perante estes obstáculos. Com a eclosão de uma multiplicidade de conflitos no norte de África os movimentos de pessoas intensificaram-se consideravelmente nos últimos anos, consequentemente pressionando os países da União de mais fácil acesso. Presos na teia de uma solidariedade aparente mas sentindo o peso de assumir sozinhos a responsabilidade de proteção², os países com fronteiras sudestes começaram a adotar medidas drásticas para prevenir a chegada de ainda mais migrantes. Em 2012 a Grécia edificou uma vedação na fronteira com a Turquia, a Bulgária seguiu o exemplo. Mas o obstáculo imposto por uma fronteira física pesa muito pouco na balança de uma pessoa que, em contrapartida, foge a perseguição, conflitos e instabilidade no seu lar. As crescentes dificuldades em atravessar as fronteiras europeias apenas conduziram a maior criatividade nos meios de as alcançar, potenciaram as rotas clandestinas de migração e todos os crimes que lhes estão associados. Os números começaram-se a acumular. Hoje urge a adoção de uma resposta além da imediata, sob o imperativo de reconhecer a responsabilidade internacional a que a União Europeia, enquanto tal, e os seus Estados-Membros individualmente estão adstritos.

O caminho começou a ser pisado. Densificaram-se os diplomas de consagração de direitos aos imigrantes e aos refugiados, alargou-se o estatuto de beneficiários de proteção subsidiária e temporária e foram até desenvolvidos critérios estritos de salvaguarda dos direitos de pessoas contra quem foi emitida ordem de expulsão. A toda a pessoa que se encontra de algum modo sob a alçada da União Europeia é garantido o respeito por direitos fundamentais. Mas no limbo ficam os requerentes de proteção internacional, em busca de uma proteção que não lhes foi conferida pelo país de origem e ainda longe de um abrigo seguro. São os indocumentados, os ilegais, os estrangeiros, são os que não têm nome, são todas as categorias que conduzem ao “imigracionalismo” a que diariamente assistimos. Repescando de diversos diplomas, decisões jurisprudenciais e tomadas de posição nacionais, temos ainda largos passos a dar na consolidação de um corpo de direitos do requerente de

¹ Palavras de um menor não acompanhado quando se encontrava nos Países Baixos.

² MCDONOUGH, Paul e Evangelia Tsourdi, *Putting solidarity to the test: assessing Europe's response to the asylum crisis in Greece*, New Issues in Refugee Research, Research Paper n.º 231, Genebra: UNHCR Policy Development and Evaluation Service, 2012

proteção internacional.

Com a abolição de controlos nas fronteiras internas a União teve necessariamente de encontrar mecanismos de salvaguardar as divergências nacionais que ainda encontramos, pelo que com base num princípio de solidariedade e confiança mútua instituiu o sistema de Dublin, que instaurou critérios de determinação do Estado-Membro responsável por analisar um pedido. A questão a que me proponho responder surgiu de uma certa perplexidade ao observar as fundações do sistema de Dublin. Como poderemos assegurar que será alcançada uma efetiva e plena proteção dos requerentes de proteção internacional, quando o próprio sistema opta por entrar no jogo de olhos vendados aos direitos fundamentais? E que princípio de solidariedade é este que literalmente isola num canto da Europa os países que se veem obrigados a incorrer em violações de direitos fundamentais, quando a proteção que deveriam oferecer está muito além da sua capacidade?

Num primeiro momento, importa enquadrar o leitor no sistema europeu de asilo e procurar compreender os seus meandros. As linhas orientadoras das políticas europeias sobre o espaço de liberdade, segurança e justiça são ainda fortemente pautadas pelas prerrogativas de soberania em que os Estados-Membros se escudam para proteger os seus interesses nacionais³. Para compreender o quadro legal dos critérios de distribuição de requerentes de proteção internacional na União Europeia, deveremos ter portanto em mente a sua razão de ser e objetivos.

A revolucionária lógica inerente aos direitos fundamentais permite que partindo de apenas uma semente se densifique exponencialmente o âmbito de proteção de um direito, até mesmo que se estenda a outros direitos que ora não haviam sido imaginados. O quadro de direitos humanos de nível europeu estaria longe do nível de proteção que hoje assume sem a força impulsionadora do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem na interpretação da Convenção constantemente mais alargada.

Como delimitarei o âmbito deste trabalho aos países que integram o sistema de Dublin, em que a grande maioria são Estados-Membros da União Europeia e todos ratificaram a Convenção, será inevitável prosseguir a análise sempre de uma dupla perspetiva. Os sistemas de proteção de direitos humanos do Conselho da Europa e da União Europeia sobrepõem-se, tendencialmente num sentido de complementaridade, mas com as

³ Numa reflexão que acompanha a tensão entre a integração europeia e os interesses nacionais, CORNELISSE, Galina, “What’s wrong with Schengen? Border disputes and the nature of integration in the area without internal borders”, in *Common Market Law Review*, vol. 51(3), 2014, pp. 741-770.

suas exceções. Na verdade, observámos um longo registo de diálogo entre os tribunais responsáveis por guardar ambos os sistemas até chegarmos ao impasse em que hoje nos encontramos. O último ano foi marcado por uma decisão no caso *Tarakhel* em que Estrasburgo discordou abertamente da corrente jurisprudencial do Tribunal de Justiça, seguido de um parecer vindo do Luxemburgo que coloca seriamente em causa o futuro sinérgico destas duas instituições. Não obstante, foi a construção jurisprudencial dos dois tribunais em simultâneo que transformou uma norma criada com o intuito de salvaguardar a soberania dos Estados na base jurídica para fundamentar uma obrigação de não transferir um requerente de proteção internacional. Veremos também o caminho deste crescimento para analisar cada um dos elementos que integram hoje a obrigação de não transferência.

Entrarei por último numa análise crítica do atual sistema de determinação do Estado-Membro responsável sempre que este conflitue com direitos fundamentais, para alcançar a principal questão da presente dissertação. Como ponto de partida e conclusão, pretendo identificar em que circunstâncias tem um Estado a obrigação de não transferir um requerente para outro Estado-Membro que seria responsável pela análise do seu pedido de proteção internacional segundo os critérios do Regulamento de Dublin, em virtude dos padrões de proteção dos direitos fundamentais estabelecidos pelos instrumentos supranacionais a que se vinculou.

Acredito que o sistema jurídico é inalienável dos fenómenos sociais que visa proteger e suficientemente autónomo das oscilações políticas que o acompanham, cabendo-lhe assegurar um permanente núcleo essencial à humanidade. Assim, ainda que sendo uma dissertação com vista a obtenção de grau de Mestre em Direito, procurarei sempre adotar uma perspetiva holística e transversal a todas as matérias que possam influenciar o rumo de uma vida humana em busca de abrigo. Lamentando que este seja um diálogo unilateral, não posso deixar de convidar o leitor a acompanhar, refletir e participar.

II. A FLUIDEZ DAS FRONTEIRAS POLÍTICAS, JURÍDICAS E FÍSICAS

II. 1. CIDADÃO, ESTRANGEIRO E REFUGIADO

Quando observamos a evolução do quadro internacional de proteção dos direitos fundamentais vemos uma clara diferenciação entre a titularidade de direitos de um nacional e de um estrangeiro. Esta distinção não deve ser descurada e a sua presença é transversal aos diversos períodos em que vimos avanços no campo dos direitos fundamentais, incluindo na atualidade. Antes de proceder à análise dos instrumentos de direitos humanos a que os Estados estão adstritos, irei assim elaborar uma breve referência ao próprio estatuto do estrangeiro desde a antiguidade até hoje.

A primeira distinção que desde logo importa realçar é entre o modelo de cidadania republicano, assente na importância da participação política ativa, desenvolvido nomeadamente por Aristóteles, Machiavelli e Rousseau e experienciado com particular relevo na democracia em Atenas no século V a.C, e o modelo liberal que admite o gozo passivo de direitos⁴. O modelo liberal foi especialmente desenvolvido no Império Romano pela necessidade de uniformização do sistema jurídico. Para que as leis do imperador vingassem e se sobrepusessem às leis e costumes locais, importava encontrar um denominador comum que fosse aplicável a todos os habitantes do império. Em 212 d.C. o imperador Caracalla opta assim por estender a cidadania aos *peregrini* livres (os estrangeiros), aplicando o *ius civile* às relações privadas de todos os habitantes do Império. Mantinham-se, ainda assim, algumas regras locais por respeito à pluralidade de identidades. Não prevalecendo nenhuma nacionalidade nem sendo esta um fator determinante, havia maior diversidade e flexibilidade no acesso à cidadania. Era estrangeiro aquele que não tinha qualquer ligação com aquele território, sendo em contrapartida necessário provar que se vivia e participava na comunidade

⁴ O primeiro assenta numa democracia participativa, em que a qualidade de cidadão é atribuída àquele que se empenha civicamente e é politicamente ativo, abrindo caminho para o modelo de contrato social que Rousseau veio mais tarde a desenvolver. A principal dificuldade que encontra na atualidade deriva diretamente da dimensão dos Estados-nação, que não são equiparáveis à antiga polis e impedem um exercício da democracia coletivo e participativo por parte de todos os cidadãos que integram a comunidade política. Por sua vez, segundo o modelo liberal a cidadania é definida mediante características de pertença a uma determinada comunidade, que atribuem aos cidadãos acima de tudo direitos, não lhes impondo uma participação política ativa e podendo antes gozar passivamente a sua cidadania. Compreendemos que a cidadania de acordo com o modelo liberal corresponde desta forma a um estatuto legal. Dominique Leydet alerta-nos para a possível complementaridade destes dois modelos, numa perspetiva que reconhece a necessidade de um modelo liberal mas com momentos intermitentes de exercício de atividade política, por exemplo por via do voto, em LEYDET, Dominique, “Citizenship”, E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/citizenship> (consultado a 28.05.2014).

para adquirir a cidadania, nomeadamente com recurso a testemunhos de vizinhos em tribunal⁵. Esta foi a primeira manifestação de um conceito de “cidadania global” tal como hoje vemos desenvolvida, por exemplo, na União Europeia.

No pensamento oitocentista distinguia-se nacionalidade de cidadania, sendo nacionais aqueles que apenas tinham direitos civis, e cidadãos quando cumulavam direitos políticos. O acesso a esta última categoria era marcado por restrições das mais variadas naturezas, sendo inicialmente limitada aos homens brancos livres, letrados e com propriedade. Veremos como a dissolução destas condições e a abertura a categorias inicialmente inimagináveis ocorreu rapidamente num efeito de cascata a partir do século XVIII com a proclamação da Declaração de Independência de 1776 e da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão em 1789. Mas é certo que assistimos a uma progressiva centralização do conceito de nacionalidade, e na época os cidadãos estrangeiros nunca chegavam a ser titulares plenos de direitos, pois se considerava que não pertenciam à pátria. Por oposição ao Império Romano, a cidadania estava intrinsecamente ligada à nacionalidade, dependendo desta para o seu pleno exercício.

Gostaria de em poucas palavras chamar a atenção para a importância de repensar a cidadania sobretudo a três níveis: o acolhimento da diferença, a sua relação com a nacionalidade e a globalização do conceito. É inevitável chegar à conclusão de que a categorização social inevitavelmente existe e é intrínseca à sociedade. A cidadania pode assumir uma conceção dita universalista ou unitária, refletindo-se num estatuto legal que atribui um conjunto idêntico de direitos civis, políticos, económicos, sociais ou culturais a todos os membros de uma comunidade. Mas o reconhecimento de que a igualdade deve ser efetiva e não meramente formal consubstancia-se na principal crítica a uma conceção unitária, onde a formulação de leis e políticas cegas à diferença pode na verdade resultar na exclusão das minorias que não são socialmente aceites e não atingem integração plena na sociedade. Hoje sabemos que o princípio da igualdade tem por base o tratamento igual dos que são iguais e o tratamento diferente do que é diferente, assentando antes num modelo diferencialista de cidadania, que reconhece a relevância política da diferença e o carácter pluralista da democracia, legitimando um tratamento diferenciado em nome do fim último da

⁵ MATHISEN, Ralph W., “Peregrini, Barbari, and Cives Romani: Concepts of citizenship and the legal identity of barbarians in the later Roman Empire”, in *The American Historical Review*, 111(4), 2006, pp. 1011-1040.

igualdade⁶.

Ao repensar a cidadania, devemos também considerar, como observamos dos trágicos acontecimentos que marcaram o século XX e impulsionaram a assinatura da Declaração Universal dos Direitos do Homem, que o expoente máximo da intolerância foi fruto de um nacionalismo extremo que hoje a humanidade reconhece ter sido uma mancha negra na sua História. Não deixamos todavia de observar como todo o sistema internacional está construído sob um modelo de Estados-nação que se organizam entre si e cujos elementos essenciais assentam na soberania, povo e território. Os fluxos migratórios são de tal ordem que as opções políticas e legislativas num país têm efeitos imediatos no resto do mundo e em especial nos países com quem se estabeleceram relações mais estreitas ou, no âmbito das políticas migratórias, geograficamente mais próximos. O Estado já não pode fundamentar-se puramente na aplicação da lei aos seus nacionais, negando a importância económica e social que os migrantes têm no país. Indo ainda mais além de um pensamento económico, a inescapável interação entre Estados torna crucial pensar a cidadania globalmente e esse fórum não se deve limitar ao humanitarismo mínimo, nem cair na abstração de um institucionalismo transcendental utópico que ficará muito aquém de conseguir resolver as disparidades sociais que encontramos ao olhar um mapa do mundo. Pretendo aqui referir-me à pesada estrutura institucional que tem sido construída no campo do direito e relações internacionais, com a proliferação de organizações tanto supraestaduais como da sociedade civil que procuram dar resposta aos problemas sociais que encontramos na base. Com uma dimensão política e influência determinantes, a verdade é que estamos presentemente num momento histórico onde as relações entre nações e a cooperação global nunca foi tão intensa. Mas por outro lado, a complexidade das instituições internacionais lentifica consideravelmente os processos de decisão. Nomeadamente no âmbito da União Europeia, é notório que vários países já pretenderam dar passos bastante mais avançados em determinadas matérias, mas são limitados pela vontade de outros Estados com igual peso no aprofundamento comunitário. Ademais, não nos podemos bastar com a constante produção normativa e apresentação de declarações políticas, sendo crucial a efetiva implementação das políticas de forma coesa com os interesses das pessoas que mais se pretendem proteger para não cair na utopia do dito “institucionalismo transcendental”.

Quase podemos identificar atualmente dois conceitos complementares de cidadania. Por um lado, temos a tradicional cidadania nacional que atribui o mais vasto leque de direitos

⁶ LEYDET, Dominique, “Citizenship” (...).

aos cidadãos, mas que se revela ainda incrivelmente exclusiva e permite-nos observar discriminações manifestas dentro de cada país face a uma das categorias que ainda está seguramente longe de ser integrada: a de estrangeiro. Numa outra perspetiva, vimos ser construída uma cidadania global que hoje engloba um conjunto de direitos fundamentais considerados inerentes, iguais e universais a toda a humanidade, e que se tem revelado consensual em todo o mundo embora em permanente crescimento.

Para podermos conceptualizar os direitos humanos carecemos de uma construção social que não estava presente na mentalidade de todas as sociedades, devemos ser capazes de compreender que os indivíduos são iguais portadores de direitos e conseguir transportar esta ideia para uma escala mundial. Esta conceção do individualismo por oposição à diluição da pessoa num conjunto de grupos sociais não é de todo “autoevidente”, como a Declaração de Independência pretendeu afirmar. Carecemos também de uma ideia de humanidade como um todo, e não limitada ao grupo social em que nos inserimos. Foi precisamente a quebra desta barreira que Lynn Hunt procurou explicar por via da empatia emanada da leitura dos romances epistolares do século XVIII, permitindo a conceção de uma humanidade além-fronteiras, além-classes, além-raça e além-género⁷. Hoje a maioria dos articulados normativos que se referem a um princípio de igualdade apresentam uma lista de razões de discriminação proibidas e terminam em aberto, permitindo a inclusão de quaisquer outras categorias que entretanto surjam. Reconhecemos o nosso desconhecimento da lista exaustiva de etiquetas sociais existentes e a importância de acompanhar a lógica revolucionária dos direitos⁸, de forma a não estagnar numa definição que se venha a revelar insuficiente para toda a humanidade.

II. 2. CONSTRUÇÃO DO SISTEMA EUROPEU COMUM DE ASILO

A cooperação entre Estados-Membros em matéria de asilo surgiu de imediato na sequência da abolição das fronteiras internas com a Convenção de Schengen de 1990, que levantava assim o receio de que o mesmo requerente apresentasse múltiplos pedidos de asilo nos diversos países em busca de sucesso, pondo em causa a unidade e coerência do sistema

⁷ HUNT, Lynn, *Inventing Human Rights: A History*, Nova Iorque: W. W. Norton and Company, 2007.

⁸ O conceito é adotado por Lynn Hunt em *Inventing Human Rights*, para descrever como a conquista de determinados direitos humanos demonstrou ao longo da História um efeito cascata para o alargamento a outros direitos ou a extensão desses mesmos a outras categorias. Um exemplo particular incide sobre a Revolução Francesa, quando num espaço de dois anos a Assembleia Nacional aceitou a extensão da cidadania aos protestantes, a judeus, a negros e mestiços.

comunitário, agora visto como uma unidade política, económica e social, ainda que caracteristicamente heterogénea. De forma a evitar este fenómeno de *asylum shopping* e fluxos de asilo secundários e, por outro lado, garantir que todos os pedidos de asilo apresentados dentro do espaço Schengen são analisados, a própria Convenção de Schengen incluía já regras sobre a determinação do Estado responsável pela análise de um pedido de asilo⁹, que vieram a ser refletidas na Convenção de Dublin aprovada em 1997¹⁰. Nesta fase inicial da política europeia de asilo, as prioridades refletiam claramente o carácter intergovernamental da cooperação entre Estados-Membros. A lógica subjacente era ainda (embora acredite que hoje continue a ser) claramente focada na segurança interna, muito acima da efetiva proteção dos requerentes de asilo¹¹. Os instrumentos existentes à data visavam restringir o acesso ao estatuto de refugiado e estavam bem presentes as políticas de *non-arrival* e de *non-admission*. As primeiras com vista a bloquear o acesso ao território, independentemente de análise individualizada das pretensões de cada migrante no sentido de aferir se seria elegível para o estatuto de refugiado ou para beneficiar de outro tipo de proteção internacional. As políticas de *non-admission* focavam-se por outro lado nas pessoas que já se encontravam em território europeu e foram construídas de modo a restringir o seu acesso ao direito a asilo. É no âmbito destas últimas que surge o conceito de “país terceiro seguro”, segundo o qual um Estado pode recusar-se a avaliar determinado pedido de asilo se o requerente tiver transitado por um país considerado seguro capaz de lhe oferecer proteção, e aí não tenha apresentado um pedido. A noção de que o requerente de asilo poderia procurar proteção fora do território e que os países comunitários teriam deste modo o legítimo “direito” de negar a sua admissão, viu assim o seu campo de aplicação alargado. Anteriormente, o requerente seria reenviado para um país onde já tivesse encontrado proteção à luz do conceito do “primeiro país de asilo”, mas a extensão da possibilidade de reenvio para

⁹ Encontramos as regras de determinação do Estado responsável pelo tratamento dos pedidos de asilo nos artigos 28.º a 38.º da Convenção de Schengen.

¹⁰ Paralelamente, a implementação deste novo sistema de determinação do Estado-Membro responsável requeria um mecanismo de controlo das entradas e movimentos dos requerentes, pelo que o Regulamento (CE) n.º 2725/2000 do Conselho, relativo à criação do sistema “Eurodac” de comparação de impressões digitais para efeitos da aplicação efetiva da Convenção de Dublin, que veio a ser substituído na segunda fase do SECA pelo Regulamento (UE) n.º 603/2013 do Parlamento e do Conselho. Os Estados-Membros devem assim assegurar a recolha sem demorar das impressões digitais de todos os dedos de um requerente de proteção internacional ou de nacionais de países terceiros ou apátridas que sejam intercetados por ocasião da passagem ilegal das fronteiras, que não sejam afastados ou que permaneçam fisicamente no território desse Estado-Membro (artigos 9.º e 14.º do Regulamento (UE) n.º 603/2013).

¹¹ MAIANI, Francesco, “The common european asylum system in an enlarged Europe - Memo for the next generation of EC asylum legislation”, José María Beneyto (dir.), *La Europa De Los Veinticinco: Desafíos Políticos Y Económicos*, Madrid: Editorial Dykinson, 2005, pág. 28.

um país por onde o requerente tenha transitado e que seja considerado seguro para efeitos de proteção internacional veio progressivamente libertar os países europeus ocidentais. Inicialmente, com a democratização da Europa de leste depois do desmembramento da URSS, os requerentes seriam legitimamente reenviados para estes países agora considerados seguros¹². Como veremos adiante, a mesma noção evoluiu para se incorporar no sistema de Dublin como o conhecemos hoje, a partir do momento em que o alargamento da União Europeia estendeu as suas fronteiras a 28 Estados-Membros, implicitamente considerados “países seguros” por um princípio de confiança mútua e de respeito pelo mesmo corpo de direitos fundamentais.

Salvo alterações sobretudo no sentido de melhor proteger a unidade familiar e os menores não acompanhados, bem como assegurar garantias processuais mais abrangentes aos requerentes de proteção internacional, a essência do sistema de Dublin manteve-se, juntamente com os problemas estruturais que lhe estão subjacentes¹³. Em 1997 a Convenção de Dublin implementou o sistema assente no princípio de que apenas um Estado-Membro é responsável pela análise de um pedido de asilo, segundo uma lista ordenada de critérios que atendiam: (i) à presença num Estado-Membro de um membro da família a quem já fora atribuído o estatuto de refugiado, (ii) à emissão de uma autorização de residência ou de um visto, (iii) ao país por onde o requerente entrou ilegalmente no espaço Schengen, (iv) ao Estado-Membro responsável por controlar a entrada do requerente quando não lhe exija visto, (v) ao Estado-Membro em cuja zona de trânsito no aeroporto o pedido foi apresentado e, como critério supletivo, (vi) ao Estado-Membro onde o pedido de asilo foi apresentado. Logo presentes na Convenção de Dublin estavam também a cláusula humanitária (artigo 9.º) ao abrigo da qual um Estado poderia pedir a outro que analisasse um pedido por razões humanitárias, a cláusula de soberania (artigo 3.º, n.º 4) e a possibilidade de um Estado reenviar o requerente para um país terceiro se considerar ser este o responsável (artigo 3.º, n.º 5).

Na década de 90 assistimos assim a um conjunto de políticas comuns derivadas da cooperação intergovernamental entre Estados, principalmente baseadas no reconhecimento do

¹² European Council on Refugees and Exiles, *Report on the Application of the Dublin II Regulation in Europe*, ELENA (European Legal Network on Asylum), 2006, disponível em <http://www.ecre.org/component/downloads/downloads/108.html> (consultado a 15.02.2015), pág. 6.

¹³ SIDORENKO, Olga, *The Common European Asylum System – Background, Current State of Affairs, Future Direction*, Haia: T.M.C. Asser Press, 2007.

asilo como uma matéria de interesse comum da UE, integrada no Terceiro Pilar da União¹⁴. Foi no seu último ano, com a entrada em vigor a 1 de Maio de 1999 do Tratado de Amesterdão, que o quadro europeu em matéria de fronteiras, asilo e imigração se alterou substancialmente. O Tratado formalizou a vontade dos Estados-Membros em criar um espaço de liberdade, segurança e justiça onde seja assegurada a livre circulação de pessoas¹⁵. Na consciência da heterogeneidade legislativa que percorria a Europa, o próprio texto do Tratado ressaltava a necessidade de introduzir este ELSJ acompanhado de medidas compensatórias em matéria de controlo de fronteiras externas, prevenção e combate à criminalidade, assim como políticas uniformes de asilo e imigração¹⁶.

A matéria de asilo foi portanto comunitarizada, com a sua transferência para o Primeiro Pilar e a inclusão de um novo Título IV no Tratado das Comunidades Europeias sob a epígrafe “Vistos, Asilo, Imigração e Outras Políticas Relativas à Livre Circulação de Pessoas”. Os Estados-Membros transferiram oficialmente para o Conselho a responsabilidade de adotar um mecanismo de determinação do Estado-Membro responsável por um pedido de proteção internacional num período de cinco anos, consagrada no artigo 63.º, n.º 1, alínea a) do TCE. É nesta sequência que os chefes de Estado da União se reuniram num Conselho Europeu em Tampere nos dias 15 e 16 de outubro de 1999 para tecer a essência de um Espaço de Liberdade, Segurança e Justiça:

“A integração europeia esteve sempre fortemente arraigada num ideal comum de liberdade baseado nos direitos humanos, [...] que inclui o direito de livre circulação em toda a União. Esta liberdade não deve ser considerada um reduto exclusivo dos cidadãos da União [...]. Seria contrário às tradições europeias negar essa liberdade àqueles que, por circunstâncias diversas, têm motivos justificados para procurar aceder ao nosso território.”¹⁷

O compromisso da União Europeia em matéria de asilo foi fortemente aprofundado com as Conclusões de Tampere e o ambicioso objetivo que lançaram à criação de um Sistema Europeu Comum de Asilo (SECA). Rapidamente sobressai na leitura das conclusões o fundamento do SECA, criado com o intuito de garantir que ninguém é reenviado para uma situação de perseguição, assim garantindo o pleno respeito pelo princípio do *non-refoulement*

¹⁴ Ainda à luz do Artigo K.1. do Tratado da União Europeia.

¹⁵ PIÇARRA, Nuno, “Direito da União Europeia: o espaço de liberdade, segurança e justiça”, in Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL, ano X(19), 2010, pp. 233-366.

¹⁶ Artigo 2.º do TUE.

¹⁷ Conclusões do Conselho Europeu em Tampere nos dias 15 e 16 de outubro de 1999 (doravante “Conclusões de Tampere”), parág. 13.

previsto na Convenção de Genebra.¹⁸

O SECA foi construído em duas fases. Uma primeira entre 2001 e 2005, em que seriam aprovados os instrumentos necessários ao enquadramento normativo de quatro áreas, integradas entre si: mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável e padrões mínimos sobre o acolhimento de requerentes de asilo, sobre os procedimentos de análise dos pedidos e sobre a qualificação para o estatuto de proteção internacional. É assim na sequência da criação do ELSJ e do intuito de acolher o acervo de Schengen na União Europeia que em 2003 a Convenção de Dublin é substituída por um instrumento de direito derivado da União, o Regulamento n.º 343/2003. O “Regulamento de Dublin II” veio alterar algumas normas processuais com vista a acelerar a transferência de requerentes ao abrigo do sistema e introduziu dois novos critérios de determinação da responsabilidade: um regime especial relativamente a menores não acompanhados, que agora obedece a critérios próprios (artigo 6.º) e a possibilidade de ser responsável o Estado-Membro onde estiver pendente a análise de fundo de um pedido de asilo de um familiar (artigo 8.º). Mas a principal relevância da adoção deste instrumento reside na sua qualidade de Regulamento de direito comunitário, impondo aos Estados-Membros regras claras e harmonizadas com efeito direto¹⁹.

A segunda fase de implementação do SECA teve por base o Programa de Haia, o segundo programa plurianual sobre o ELSJ adotado pelo Conselho Europeu a 4 e 5 de Novembro de 2004, e os subsequentes estudos realizados em avaliação do sistema que vigorava. Se a primeira fase do SECA se focou na adoção de instrumentos que estabelecessem padrões mínimos de receção e acolhimento, procedimentos de asilo e qualificação, a segunda fase, completada em 2013, viria a desenvolver estes instrumentos sempre no intuito de crescentemente aproximar as legislações dos Estados-Membros em matéria de asilo, garantir um nível mais elevado de proteção e maior solidariedade entre Estados²⁰. Foram neste sentido aprovadas as novas Diretiva 2011/95/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 13 de dezembro de 2011 que estabelece normas relativas às condições a preencher pelos nacionais de países terceiros ou por apátridas para poderem

¹⁸ Curioso é observar como a União Europeia, através de jurisprudência do Tribunal de Justiça, se refugiou ela própria no princípio da confiança mútua para ignorar o mesmo princípio da proibição de *refoulement* em que pretende assentar um sistema europeu comum de asilo. Qual destes dois princípios se encontra verdadeiramente na base do sistema de Dublin e qual predomina, seja por vontade dos Estados ou por imperativos de respeito pelos direitos fundamentais universalmente consagrados, será uma das questões a que me proponho responder no desenrolar desta dissertação.

¹⁹ ECRE, *Report on the Application of the Dublin II Regulation in Europe* (...), pág. 10.

²⁰ Comissão Europeia, *Livro Verde sobre o futuro Sistema Europeu Comum de Asilo*, COM (2007) 301 final, 6 de junho de 2007.

beneficiar de proteção internacional, a um estatuto uniforme para refugiados ou pessoas elegíveis para proteção subsidiária e ao conteúdo da proteção concedida (reformulação) (doravante “Diretiva Qualificação”), a Diretiva 2013/32/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 26 de junho de 2013 relativa a procedimentos comuns de concessão e retirada do estatuto de proteção internacional (reformulação) (doravante “Diretiva Procedimentos”), a Diretiva 2013/33/UE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013, que estabelece normas em matéria de acolhimento dos requerentes de proteção internacional (doravante “Diretiva Acolhimento”) e o dito Regulamento (UE) n.º 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho. Esta evolução sistemática implicou por sua vez a alteração do Regulamento n.º 343/2003, derogado pelo Regulamento (UE) n.º 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho (de ora em diante “Regulamento de Dublin III”).

Respeitando a sequência cronológica dos avanços, devemos por esta altura sublinhar que o Tratado de Lisboa marcou uma viragem no futuro do sistema de asilo na União. Com a “plena autonomização do ELSJ em relação ao mercado interno mas até a sua importância acrescida em relação a este último, enquanto objetivo da União”²¹, o novo artigo 78.º do TFUE consagra o futuro de uma política comum em matéria de asilo, dotada nomeadamente de um estatuto uniforme de proteção internacional e de procedimentos comuns. À data desta dissertação, a principal falha neste processo reside ainda na ausência de um estatuto uniforme de beneficiário de proteção internacional, que permitia aos interessados usufruir verdadeiramente da liberdade de circulação na União Europeia e do reconhecimento do seu estatuto em qualquer Estado-Membro²². A plena implementação do artigo 78.º virá seguramente a influenciar os critérios de determinação do Estado-Membro responsável, visto que a distribuição dos beneficiários de proteção pelo território da União não dependerá do país que lhe concedeu estatuto, nem assim do país por onde entrou.

A Comissão Europeia tem assumido várias tentativas de fortalecer o sistema de asilo, a proteção dos requerentes e fomentar a uniformização da matéria de asilo nas suas múltiplas vertentes. Mas as arrojadas iniciativas são raramente bem recebidas pelos Estados-Membros, e muito embora a matéria seja hoje sujeita a um processo legislativo ordinário que já não requer a criteriosa unanimidade entre Estados-Membros, é frequente o Conselho não chegar a acordo sobre normas que seriam fulcrais para vermos mudanças essenciais no sistema. O

²¹ PIÇARRA, Nuno (coord.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos centrais*, reimpressão, Coimbra: Almedina, 2013, pág. 136.

²² BOELES, Pieter et alii, *European Migration Law*, 2ª edição, Cambridge: Intersentia Ltd., 2014, págs. 245 ss.

mais recente exemplo deriva da proposta de revisão da Comissão Europeia que se veio a consubstanciar no novo Regulamento de Dublin III²³, em que a introdução de um mecanismo de suspensão temporária das transferências para determinado Estado-Membro ou a limitação da cláusula de soberania a motivos humanitários com o consentimento do requerente acabaram por não ser refletidas no texto final.

Ainda na sequência das conclusões do Conselho Europeu de 26 e 27 de junho de 2014 e considerando as recentes revisões feitas às diretivas em matéria de asilo, é improvável que surjam novas alterações num futuro próximo. As Conclusões de Ypres²⁴ realçam a necessidade de criar condições e uma proteção uniforme em toda a Europa, que contribua igualmente para o reforço da confiança mútua entre os Estados, estabelecendo como “prioridade absoluta” transpor integralmente e pôr efetivamente em prática o SECA, todavia não indiciam quaisquer alterações para breve. Por outro lado, apesar das conclusões de Ypres terem sido pouco elucidativas sobre o caminho que a União seguiria em matéria de asilo num futuro próximo, as sucessivas tragédias no mediterrâneo em especial durante o mês de abril pressionaram o Conselho Europeu a assumir uma posição mais forte e objetiva, que resultou na recente reunião especial de 23 de Abril. Entre medidas de reforço financeiro, combate ao tráfico e prevenção de fluxos migratórios ilegais, o Conselho Europeu sublinhou variadas medidas concretas de fortalecimento da solidariedade e responsabilidade dos Estados-Membros. Reiterou a importância de transpor e efetivar o SECA, mas acrescentou ainda o aumento da ajuda de emergência aos Estados com fronteiras externas para o mediterrâneo, a afetação de equipas EASO para um processamento conjunto dos pedidos de asilo e o lançamento de um projeto piloto de reinstalação²⁵. Para cumprir o plano de 10 pontos para atacar a crise no Mediterrâneo, foi ainda imposta a apresentação de um plano de ação até junho, donde resultou a nova Agenda Europeia de Migração²⁶, que apresenta uma série de medidas que certamente terão impacto, mas não deixarão de ser apenas remediadoras de um problema de raiz. Apesar dos tímidos passos dados pelas instituições, tem sido crescente o

²³ *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que estabelece os critérios e mecanismos de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo apresentado num dos Estados-Membros por um nacional de um país terceiro ou um apátrida*, COM (2008) 820, 3 de dezembro de 2008.

²⁴ Conclusões do Conselho Europeu de 26 e 27 de junho de 2014 (de ora em diante “Conclusões de Ypres”).

²⁵ Conselho Europeu, *Statement of the special meeting of the European Council*, 23 de abril de 2015, disponível em www.consilium.europa.eu (consultado a 09.05.2015).

²⁶ Comissão Europeia, *Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions: A European Agenda on Migration*, COM (2015) 240 final, 13 de maio de 2015.

espaço de discussão para repensar fundamentalmente o sistema, sobretudo no sentido de reforçar o princípio de solidariedade entre Estados que claramente não tem encontrado a melhor resposta para as lacunas que pretende suprir no sistema de Dublin²⁷.

Os instrumentos jurídicos em que se baseia o acervo de asilo na União Europeia são essencialmente diretivas, deixando uma margem considerável de discricção aos Estados-Membros para organizarem os seus próprios sistemas de asilo. Mesmo o Regulamento de Dublin III, pela abertura e flexibilidade proporcionada pela cláusula de soberania e a ausência de mecanismos de suspensão de transferências ou de análise da proteção dos direitos fundamentais no Estado para onde um requerente será transferido, dá lugar a várias interpretações que nem sempre se consubstanciam numa aplicação uniforme pelos vários Estados-Membros. O impacto destas regras não deve todavia ser subestimado, tanto porque proporcionam uma clara interpretação da Convenção de Genebra e de outros instrumentos internacionalmente relevantes, como porque deixam espaço para um desenvolvimento jurisprudencial que o TJUE e o TEDH têm devidamente aproveitado para reforçar a proteção dos direitos fundamentais na UE²⁸. Será neste desenvolvimento interpretativo que se focará o próximo capítulo, para concluir com a forma como se refletiu na revisão do Regulamento de Dublin de 2013 e com as questões cuja interpretação ainda se mantem em aberto.

²⁷ A preocupação não só da sociedade civil como das próprias instituições tem sido premente. Sobre o reforço da solidariedade entre Estados-Membros, Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa ao reforço da solidariedade na União Europeia no domínio do asilo*, COM (2011) 835 final, 2 de dezembro de 2011; e Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos do Parlamento Europeu, *Relatório sobre o reforço da solidariedade na União Europeia no domínio do asilo*, 2012/2032(INI), 19 de julho de 2012.

²⁸ BOELES, Pieter et alii, *European Migration Law* (...), pág. 246.

III. DESENVOLVIMENTO DO CONCEITO DE «FALHA SISTÉMICA»

III. 1. CONSTRUÇÃO JURISPRUDENCIAL PELO TEDH E PELO TJUE

§. 1. *Acolhimento do princípio de non refoulement no quadro europeu de asilo*

Apesar da origem intergovernamental do sistema de Dublin, a jurisprudência europeia assume neste campo uma importância indispensável, refletindo-se num atual quadro de proteção dos direitos fundamentais em matéria de asilo com um forte cunho das posições tomadas pelo TJUE e pelo TEDH. A evolução não foi todavia linear e tanto o diálogo entre as duas cortes como as linhas de interpretação seguidas por cada uma foram por várias vezes revisitadas. Procurarei neste capítulo passar pelas mais relevantes decisões jurisprudenciais, de forma a compreender o desenvolvimento do conceito de *non refoulement* à luz do direito da União e a sua integração no sistema de Dublin, volvendo no final aos caminhos que o quadro legislativo atual nos apresenta.

Encontramos os primórdios do princípio do *non refoulement* ainda no âmbito do Conselho da Europa, quando em 1989 o TEDH se pronunciou sobre um processo de extradição no caso *Soering*²⁹, em que um cidadão alemão contestou a decisão de extradição do Reino Unido para os Estados Unidos da América, onde viria a ser julgado por dois homicídios, com base no risco de violação do artigo 3.º por tratamentos desumanos e degradantes decorrentes da exposição ao fenómeno do “corredor de morte” enquanto aguardasse a decisão e execução da pena de morte. A obrigação de respeitar os direitos do homem prevista no n.º 1 da CEDH impõe a aplicação dos seus direitos e liberdades a qualquer pessoa dependente da jurisdição do Estado Contratante, mas não requiere que este imponha os padrões da CEDH a todos os Estados terceiros, nomeadamente para efeitos de extradição. A entrega de uma pessoa por um Estado Parte não fica portanto dependente de que as condições no país de acolhimento respeitem plenamente todas as proteções da CEDH dado que a jurisdição de um Estado para efeitos da Convenção encontra um limite territorial, não interferindo com o território de outro Estado soberano nem se estendendo além do seu. Tendo afirmado este princípio, o Tribunal acrescentou todavia que tal não absolve os Estados da sua responsabilidade decorrente do artigo 3.º, por todas as consequências previsíveis de uma extradição³⁰. Normalmente, a responsabilidade de um Estado à luz da CEDH surge perante uma violação efetiva, não bastando a prospeção de incumprimento. Todavia, a

²⁹ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Soering contra Reino Unido*, 7 de julho de 1989, queixa n.º 14038/88.

³⁰ *idem*, parág. 86.

natureza séria e irreparável do risco de alegado sofrimento e a irreversibilidade dos danos provocados por uma violação do artigo 3.º exige que os Estados sejam igualmente responsáveis por colocar um indivíduo em risco de tratamento contrário a esta norma³¹. O risco deve ser real, ou seja, previsível e suficientemente concreto. Pouco depois e logo no primeiro caso a respeito de um pedido de asilo rejeitado, o Tribunal aplicou o mesmo princípio a um processo no qual a Suécia emitiu uma ordem de expulsão contra os requerentes:

“In so far as any liability under the Convention is or may be incurred, it is liability incurred by the extraditing Contracting State by reason of its having taken action which has as a direct consequence the exposure of an individual to proscribed ill-treatment.”³²

O TEDH não tardou a reafirmar o princípio da aplicabilidade do artigo 3.º tanto a casos de extradição como de reenvio, consolidando como princípio geral a obrigação de não deportar uma pessoa sempre que existam razões sérias para crer que o indivíduo corre um risco real de ser sujeito a tratamentos contrários ao artigo 3.º^{33 34}.

§ 2. Extensão da proteção a transferências no âmbito do Sistema de Dublin

Estabelecida a responsabilidade dos Estados à luz da Convenção, o TEDH apenas não se tinha ainda pronunciado sobre a aplicação deste princípio quando o Estado para onde o requerente será enviado, expulso ou extraditado é também ele um Estado Contratante, o que apenas veio a ocorrer com o caso *T.I. contra Reino Unido*³⁵, em que aos factos se aplicava já a Convenção de Dublin.

Como vimos, e ao contrário do que acontece com países terceiros, o sistema de Dublin assenta num princípio de confiança mútua e de presunção de respeito pelos direitos fundamentais, partindo-se do pressuposto que todos os Estados que o integram procederão à adequada análise do pedido de asilo que lhes seja apresentado, cumprindo ainda com as

³¹ TEDH, *Soering contra Reino Unido*, parág. 90.

³² Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Cruz Varas e Outros contra Suécia*, 20 de março de 1991, queixa n.º 15576/89, parág. 69.

³³ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Vilvarajah e Outros contra Reino Unido*, 30 de outubro de 1991, queixas n.º 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 e 13448/87; e *Saadi contra Itália*, 28 de fevereiro de 2008, queixa n.º 37201/06.

³⁴ MOLE e Meredith, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Human rights files n.º 9, Council of Europe Publishing, 2010.

³⁵ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *T.I. contra Reino Unido*, 7 de março de 2000, queixa n.º 43844/98.

condições de acolhimento e procedimento exigidas. Em *T.I. contra Reino Unido* o TEDH veio pela primeira vez realçar que esta presunção não é inilidível, e que quando um Estado Contratante transfere um requerente de asilo para um Estado intermediário, também ele Contratante, mantém a sua responsabilidade quanto à proteção dos direitos fundamentais face à CEDH³⁶. Consequentemente, a aplicação da Convenção de Dublin, tal como do atual Regulamento de Dublin III, não dispensa as autoridades de verificar se existem garantias suficientes de que a pessoa não será sujeita a um risco sério de sujeição a tratamentos contrários ao artigo 3.º no país de acolhimento, nomeadamente um risco de *refoulement*, direta ou indiretamente, para o seu país de origem³⁷.

Em 2008, no caso *K.R.S. contra Reino Unido*³⁸, o TEDH faz uma referência jurisprudencial a *T.I. contra Reino Unido*, reiterando a posição ora afirmada segundo a qual a transferência de um requerente no âmbito do sistema de Dublin não dispensa o Estado de verificar a ausência de um risco real de tratamento desumano ou degradante. Revelou todavia uma viragem considerável face à perspetiva a assumir nesta análise de risco, baseando a sua decisão numa presunção de respeito pelos direitos fundamentais pelos Estados-Membros. Após a Comissão ter instaurado um processo de infração contra a Grécia por não ter implementado a obrigação de analisar os pedidos de requerentes de asilo transferidos de outro país³⁹, o governo grego rapidamente introduziu as alterações legislativas necessárias às exigências centrais da União Europeia e transpôs a Diretiva Procedimentos e a Diretiva Acolhimento. Considerando ainda que a Grécia ratificou a CEDH, tudo apontaria para o pleno cumprimento das disposições de direitos fundamentais constantes na Convenção. O tribunal veio assim afirmar que na ausência de provas em contrário deve ser assumido que a Grécia cumpre com as suas obrigações à luz das Diretivas, bem como as impostas pelo artigo

³⁶ Era precisamente o que acontecia no caso, dado que o Reino Unido pretendia enviar um requerente de asilo para a Alemanha, sabendo que esta não reconhecia os atores não estatais como sujeitos ativos de tortura para efeitos de aplicação do artigo 3.º, e que não viria portanto a considerar existir um risco de violação desta norma em caso de *refoulement* para o Sri Lanka, país de origem do requerente.

³⁷ A posição tomada pelo TEDH assumiu sem dúvida um papel crucial. No caso em concreto, no entanto, o TEDH optou por não proceder a uma análise substantiva da questão, nomeadamente quanto ao não reconhecimento pela Alemanha de atores de tortura não estatais, cingindo-se à consideração das garantias processuais em como o requerente não correria um risco de *refoulement* para o Sri Lanka sem uma nova análise do seu pedido. Tendo assim considerada a queixa inadmissível, T.I. foi transferido para a Alemanha, que o expulsou para o país de origem e onde terá sido preso e sujeito a tratamentos contrários ao artigo 3.º da CEDH. Ver, nomeadamente, nomeadamente, MOLE e Meredith, *Asylum and the European Convention on Human Rights* (...), págs. 78-79.

³⁸ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *K.R.S. contra Reino Unido*, 2 de dezembro de 2008, queixa n.º 32733/08.

³⁹ Tribunal de Justiça, *Comissão contra Grécia*, 22 de outubro de 2008, processo n.º C-130/08.

3.º da CEDH. No caso em concreto, o requerente era um cidadão iraniano que entrou na União através da Grécia e submeteu um pedido de asilo no Reino Unido. Fundado na presunção de cumprimento dos direitos fundamentais pela Grécia, na ausência de provas de que expulsaria o cidadão para o seu país de origem e afirmando que o requerente deveria requerer a aplicação de medidas preventivas do artigo 39.º do Estatuto contra a Grécia quando aí se encontrasse, e não contra o Reino Unido, o TEDH considerou o pedido inadmissível. O Reino Unido não incorreria, portanto, em violação dos artigos 3.º e 13.º caso transferisse o requerente para a Grécia.

§ 3. Construção de uma obrigação de não transferência

Os sinais da incapacidade do sistema de asilo grego dar resposta a todos os pedidos não tardaram todavia a surgir⁴⁰. Ainda que a Grécia tivesse transposto todas as diretivas europeias, a estrutura excessivamente burocrática da análise dos pedidos de proteção internacional juntamente com o crescente fluxo de refugiados vindos do norte de África não poderiam adivinhar um futuro diferente. Em 2009, acumulavam-se os relatos de organizações internacionais a descrever as inaceitáveis condições de detenção de requerentes de proteção internacional, as condições desumanas em que viviam e a excessiva complexidade e burocracia dos procedimentos de asilo na Grécia que impossibilitavam uma resposta em tempo útil. O próprio acesso ao procedimento de asilo era problemático, dadas as inoportáveis limitações derivadas dos horários e capacidade de resposta muito restritos das autoridades gregas⁴¹. Nesta data, o ACNUR já havia inclusivamente publicado uma posição de 14 de abril de 2008 em que apelava à suspensão das transferências de requerentes de asilo para a Grécia⁴². Em 2009, enviou uma carta ao Ministro para a Política de Asilo e Migração da Bélgica, enaltecendo o estado do procedimento e condições de asilo na Grécia e salientando o silêncio do TEDH no caso *K.R.S. contra Reino Unido* sobre a conformidade a conformidade do sistema grego com os padrões internacionais de direitos humanos. Já não se podiam ignorar as falhas sistémicas que se haviam desenvolvido no sistema grego e culminaram em reiteradas violações de direitos humanos largamente reportadas por organizações não-governamentais e pelo ACNUR. De tal modo que nomeadamente a

⁴⁰ Para uma análise mais pormenorizada ver CABOT, Heath, *Asylum and Citizenship in Greece*, Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2014.

⁴¹ TEDH, *M.S.S. contra Bélgica e Grécia*, parágs. 88-127 e 159-194.

⁴² UNHCR, *Position On The Return Of Asylum-Seekers To Greece Under The “Dublin Regulation”*, 15 de abril de 2008, disponível em www.unhcr.org/482199802.pdf. A relevância das posições públicas tomadas pelo ACNUR para efeitos de determinação da suspensão de transferências para determinado Estado-Membro é analisada mais à frente, na secção III.2.

Finlândia, Noruega e Suécia optaram pela suspensão em absoluto da transferência de requerentes de asilo para a Grécia, e tribunais nacionais de países como a Áustria, França e Países Baixos decidiram suspender várias transferências em casos concretos⁴³. Apesar da iniciativa destes Estados, tivemos período ainda consideravelmente largo de indeterminação legal, sem uma orientação uniformizadora das políticas de transferências.

É nesta senda que quando em 2011 um cidadão afegão colocou novamente a Grécia em análise perante o TEDH, o tribunal reviu a posição que havia tomado em *K.R.S. contra Reino Unido* e tomou uma decisão que marcou a jurisprudência e legislação nesta matéria. No âmbito do caso *M.S.S. contra Bélgica e Grécia*⁴⁴, a corte descreve exhaustivamente os factos apresentados pelo cidadão afegão, que fugiu de Kabul em 2008 para procurar asilo na União Europeia. O primeiro país de entrada foi a Grécia mas o Sr. M.S.S. apenas apresentou asilo na Bélgica, que ao analisar os critérios de determinação do Estado-Membro responsável definiu ser o primeiro a avaliar o pedido de asilo e transferiu-o para a Grécia. Aqui, o requerente foi detido e posteriormente abandonado sem alojamento nem assistência na prestação de quaisquer necessidades básicas.

O requerente alegou a violação pela Grécia do artigo 3.º devido às condições de detenção a que fora sujeito e à ausência de proteção mínima que o deixou desalojado por um longo período, assim como a violação do artigo 13.º sobre o direito a um recurso efetivo, lido em conjugação com os artigos 2.º e 3.º, em razão das falhas no procedimento de asilo. Alegou ainda a violação por parte da Bélgica dos mesmos dispositivos, por ter deliberadamente exposto o requerente ao risco de tratamento desumano e degradante transferindo-o para a Grécia apesar de terem sido apresentados fundamentos que o impedissem. Afirmando que a presunção de que um Estado que integra o sistema de Dublin respeita os direitos fundamentais da Convenção não é irrefutável e que existência de falhas sistémicas que confirmem um risco geral de sujeição a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes é suficiente para ativar a proteção no âmbito do artigo 3.º da CEDH, sem que o requerente necessite de provar um risco individual, o tribunal condenou a Bélgica e a Grécia. Deixou bem claro nas suas palavras que as transferências Dublin estão plenamente sujeitas ao

⁴³ DEN HEIJER, Marteen, “Joined Cases C-411 & 493/10, N.S. v. Secretary of State for the Home Department and M.E. and Others v. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform”, in *Common Market Law Review*, vol. 49(5), 2012, pp. 1735-1753, pág. 1728.

⁴⁴ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *M.S.S. contra Bélgica e Grécia*, 21 de janeiro de 2011, queixa n.º 30696/09.

cumprimento da CEDH e aos seus mecanismos de proteção⁴⁵.

Da perspetiva da União Europeia, o Tribunal de Justiça não tardou a acolher a posição tomada por Estrasburgo, reforçando o diálogo que tem existindo entre ambos os tribunais. No caso *N.S. e M.E.*⁴⁶ decidido no mesmo ano, reiterou que a presunção de respeito dos direitos fundamentais não é irrefutável e pode ser afastada quando existam falhas sistémicas no procedimento de asilo e nas condições de acolhimento no Estado-Membro responsável que resultem num tratamento desumano e degradante à luz do artigo 4.º da CDFUE. Esta decisão do Tribunal de Justiça veio por fim consolidar a perspetiva da União Europeia numa discussão que se alimentava uma longa indefinição na matéria, juntando-se a *M.S.S.* numa coesa linha jurisprudencial que veio revolucionar as regras sobre transferências no âmbito do sistema de Dublin. Contudo, o TJUE poderia ter ido mais longe nas suas conclusões, acompanhando nomeadamente o Advogado-Geral na inclusão da violação de qualquer direito fundamental da Carta como preclusão de uma transferência⁴⁷.

III. 2. LINHAS DE INTERPRETAÇÃO DIVERGENTES QUANTO AO CRITÉRIO DA EXISTÊNCIA DE FALHAS SISTÉMICAS

§1. A indeterminação legal quanto aos critérios de suspensão de transferências

Com uma clara pronúncia de ambos os tribunais sobre a falha sistémica do sistema de asilo na Grécia, conducente a um risco grave e generalizado de violação da proibição de tratamentos desumanos ou degradantes, declarada pelo ACNUR e documentada pelas mais conceituadas organizações não-governamentais, todas as transferências de requerentes para este país foram suspensas. Não obstante, já não seria tão clara a identificação das prerrogativas que determinam uma suspensão semelhante em relação a outros países. Malta, Bulgária e Itália são exemplos de países que sofreram fortemente com as pressões migratórias dos últimos anos, mas raramente se encontram pronúncias de órgãos judiciais supranacionais sobre a suspensão de transferências para estes países, ainda que o ACNUR e diversas outras

⁴⁵ TEDH, *M.S.S. contra Grécia*, parágs. 338-340.

⁴⁶ Tribunal de Justiça da União Europeia, *N.S. contra Secretary of State for the Home Department e M.E. contra Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*, 21 de dezembro de 2011, processos n.º C-411/10 e C-493/10.

⁴⁷ COSTELLO, Cathryn, “Dublin-case NS/ME: Finally, an end to blind trust across the EU”, in *Asiel&Migrantenrecht*, n.º 2, 2012, pp. 83-92.

entidades tenham emitido apelos em situações de emergência na Hungria⁴⁸ e na Bulgária⁴⁹.

Após o caso *M.S.S.*, o TEDH implementou em vários casos as medidas provisórias do artigo 39.º do Regulamento do Tribunal mas rejeitou queixas por motivos de inadmissibilidade, com o argumento de que o artigo 3.º não impede transferências para Itália dado que as provas apresentadas não constituem fundamento substancial de um risco real de tratamento contrário com a proibição aí constante. Inclusivamente no caso *Mohammed Hussein contra Países Baixos e Itália*⁵⁰ o Tribunal decide unanimemente que não existem falhas sistémicas em Itália e que não há razão para crer que o requerente de asilo não receberá o apoio adequado. Esta posição é reafirmada por diversas vezes, nomeadamente em *Daybegova e Magomedova contra Áustria*, que afirma que Itália estava alertada e preparada para providenciar pelas especiais necessidades do requerente⁵¹.

Quais seriam, portanto, os critérios que determinam os direitos relevantes, o grau de gravidade exigido e a avaliação do risco? A principal questão que gerou divergências interpretativas da jurisprudência *M.S.S.* e *N.S. e M.E.*, creio que tanto para os tribunais nacionais como para as próprias cortes europeias, reside no valor dado à existência de falhas sistémicas no país para onde o requerente seria transferido. No parágrafo-chave de *N.S. e M.E.*, o Tribunal de Justiça esclarece:

“[...] if there are substantial grounds for believing that there are systemic flaws in the asylum procedure and reception conditions for asylum applicants in the Member State responsible, resulting in inhuman or degrading treatment, within the meaning of Article 4 of the Charter, of asylum seekers transferred to the territory of that Member State, the transfer

⁴⁸ UNHCR, *Hungary as a country of asylum: observations on the situation of asylum-seekers and refugees in Hungary*, 24 de Abril de 2012, disponível em <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4f9167db2.html>

⁴⁹ UNHCR, *Observations on the Current Situation of Asylum in Bulgaria*, 2 de Janeiro de 2014, disponível em <http://www.refworld.org/docid/52c598354.html>, ao qual se juntou a Amnistia Internacional, o ECRE e o Comissário para os Direitos Humanos do Conselho da Europa.

⁵⁰ TEDH, *Mohammed Hussein e outros contra Países Baixos e Itália*, 2 de abril de 2013, decisão n.º 27725/10

⁵¹ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Daybegova e Magomedova contra Áustria*, 4 de junho de 2013, decisão n.º 6198/12. Assim como nas decisões do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem *Halimi contra Áustria e Itália*, 18 de junho de 2013, decisão n.º 53852/11, *Abubeker contra Áustria e Itália*, 18 de junho de 2013, decisão n.º 73874/11, *Miruts Hagos contra Países Baixos e Itália*, 27 de agosto de 2013, decisão n.º 9053/10, *Mohammed Hassan e Outros contra Países Baixos e Itália*, 27 de agosto de 2013, decisão n.º 40524/10 e *Hussein Diirshi e Outros contra Países Baixos e Itália*, 10 de setembro de 2013, decisão n.º 2314/10.

would be incompatible with that provision.”⁵²

Seguindo uma interpretação literal, o TJ apenas nos indica que perante a existência de falhas sistémicas que resultem numa violação do artigo 4.º da CDFUE a transferência é incompatível com os direitos fundamentais. Mas diferentes práticas jurisdicionais nacionais interpretaram este elemento como um requisito adicional, considerando a existência de falhas sistémicas no Estado responsável como *conditio sine qua non* para impedir a transferência do requerente.

Foi igualmente com esta tomada de posição que Luxemburgo nos surpreendeu no caso *Abdullahi*⁵³. Indo além das palavras do TEDH, o TJ declarou que *só* pode um requerente de asilo pôr em causa uma decisão de transferência para um Estado-Membro responsável se invocar a existência de deficiências sistémicas⁵⁴. A decisão foi pouco aplaudida, tendo sobre ela recaído um forte criticismo especialmente por restringir o direito a proteção judicial efetiva do artigo 47.º da CDFUE, e por “anular” o princípio da efetividade do direito ao asilo do artigo 18.º. O Tribunal cria uma dupla obrigação sobre o requerente de provar que existem deficiências sistémicas tanto no sistema de acolhimento como nos procedimentos, que impõe como condição prévia à possibilidade de o requerente sequer suspender a sua transferência⁵⁵.

Além de constituir uma interpretação restritiva das decisões jurisprudenciais anteriores, colocando em sério risco as garantias de proteção de direitos fundamentais de um requerente de asilo, esta decisão contraria aquela que parece ser a posição tomada pelo TEDH e a corrente jurisprudencial do próprio TJUE. Ainda que o TJ tenha neste caso assumido que existem outras circunstâncias em que uma decisão de transferência pode ser contestada⁵⁶, a posição tomada em *Abdullahi* mantém-se bastante demarcada. Abertamente divergente da que veio a ser assumida pelo TEDH, como adiante veremos, quando a não transferência decorra do risco de violação de direitos fundamentais no Estado-Membro inicialmente

⁵² TJUE, *N.S. e M.E.*, parág. 86.

⁵³ Tribunal de Justiça da União Europeia, *Shamso Abdullahi contra Bundesasylamt*, 10 de dezembro de 2013, processo n.º C-394/12.

⁵⁴ *idem*, parág. 60.

⁵⁵ TAYLOR, Amanda, *Tarakhel v. Switzerland: Where does the Dublin system stand now?*, EDAL – European Database of Asylum Law, 4 de dezembro de 2014; e HENNESSY, Maria, *The Dublin system and the Right to an Effective Remedy – The case of C-394/12 Abdullahi*, 2013, disponível em <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/journal/dublin-system-and-right-effective-remedy%E2%80%93case-c-39412-abdullahi> (consultado a 15.02.2015).

⁵⁶ No ponto IV.6. farei referência a decisões jurisprudenciais que se basearam nos princípios da unidade familiar e do superior interesse da criança como fundamento para a suspensão de transferências.

responsável esta alegação apenas procederá se for acompanhada da existência de deficiências sistémicas que a fundamentem.

Em contrapartida, os tribunais nacionais participaram também no desenvolvimento de linhas de proteção mais abrangentes. Após a jurisprudência *M.S.S. e N.S. e M.E.*, instâncias de vários países optaram por impor uma análise caso a caso do risco, determinando que o Estado que procede à análise dos critérios ver-se-ia assim na obrigação de considerar informações que indicassem um risco de violação relativamente ao requerente em concreto, que não depende exclusivamente da existência de deficiências sistémicas. Foi nomeadamente o caso da Alemanha⁵⁷, que considerou que as condições em Itália seriam suficientes para justificar a não transferência do requerente para o país, fazendo referência ao caso *N.S. e M.E.* Ainda que Itália garantisse as condições adequadas a pelo menos um em cada dois requerentes, o tribunal considerou ser suficiente a existência de um risco real de ser sujeito a tratamento desumano ou degradante⁵⁸. Também o Reino Unido avançou com uma importante linha jurisprudencial numa decisão de 19 de fevereiro de 2014⁵⁹, que merece ser aqui transcrita:

“Violation of article 3 does not require (or, at least, does not necessarily require) that the complained of conditions said to constitute inhuman or degrading conditions are the product of systemic shortcomings. It is self-evident that a violation of article 3 rights is not intrinsically dependent on the failure of a system. If this requirement is grafted on to the presumption it will unquestionably make its rebuttal more difficult. And it means that those who would suffer breach of their article 3 rights other than as a result of a systemic deficiency in the procedure and reception conditions provided for the asylum seeker will be unable to avail of those rights in order to prevent their enforced return to a listed country where such violation would occur. That this should be the result of the decision of CJEU in NS would be, as I have said, remarkable.”

Por esta altura já se compreendiam as divergências que surgiam na interpretação do caso *N.S. e M.E.*, que com ou sem esse propósito abriu espaço para uma proteção restritiva

⁵⁷ Consultar nomeadamente as seguintes decisões dos tribunais administrativos alemães: VG Stuttgart, 4 de fevereiro de 2013, A 13 K 336/13; VG Gelsenkirchen, 11 de abril de 2013, 5a L 258/13.A; VG Gelsenkirchen, 17 de maio de 2013, 5a L 566/13.A; e VG Frankfurt, 9 de julho de 2013, julgamento n.º 7 K 560/11.F.A..

⁵⁸ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Tarakhel contra Suíça*, 4 de novembro de 2014, queixa n.º 29217/12, parág. 51.

⁵⁹ *R vs Secretary of State of Home Department*, 19 de fevereiro de 2014, julgamento [2014] UKSC 12.

dos requerentes de proteção internacional, em relação aos quais poderia assim ser ignorada uma análise individualizada do risco de tratamentos desumanos ou degradantes apenas por se declarar a inexistência de uma deficiência sistémica.

Ainda associada a esta questão, levanta-se seguramente a questão sobre a quem competirá declarar a existência de falhas sistémicas em determinado país e com base em que critérios. A partir do momento em que os Estados-Membros mantêm um alargado conjunto de poderes de soberania que não foram transferidos para a União, especialmente em matéria de asilo, permanecem também eles próprios responsáveis por esta análise. Serão assim em primeira mão os tribunais e as autoridades nacionais a fazer a devida avaliação, mas certamente buscarão a informação em fontes credíveis e consolidadas para fundamentar a sua decisão. O ACNUR e organizações internacionais como a Amnistia Internacional e o ECRE tem sistematicamente produzido relatórios exaustivos das condições de acolhimento e procedimento de asilo mais preocupantes, tanto na Europa como noutras partes do mundo. Tem aliás partido da iniciativa do ACNUR a publicação de notas com um apelo a que sejam suspensas as transferências para determinado Estado quando é notória a sua incapacidade de resposta⁶⁰, a que se associam outras organizações. O problema põe-se quando a tomada de posição do ACNUR passa a ser considerada a única bitola para determinar a existência de falhas sistémicas. Diversos Estados avaliaram as condições de acolhimento em Itália, para alegar não serem impeditivas de uma transferência, com base no argumento de que, contrariamente à Grécia, o ACNUR não emitiu um apelo à suspensão de transferências. Ora ainda que seja um ótimo ponto de partida e uma contribuição credível, os critérios de avaliação tornam-se seriamente dúbios quando a competência para constatação de factos objetivos é exclusivamente confiada a um órgão político.

§ 2. *Tarakhel: imposição de uma análise individualizada do risco real de sujeição a penas ou tratamentos desumanos e degradantes*

A questão foi recentemente esclarecida pelo TEDH em *Tarakhel contra Suíça*⁶¹, uma decisão do Tribunal ansiosamente aguardada face à expectativa de ler a reação de Estrasburgo aos desenvolvimentos do conceito de falha sistémica e, em particular, à posição tomada pelo Tribunal de Justiça no caso *Abdullahi*. O TEDH não só afirmou claramente a sua posição na

⁶⁰ Sobre as tomadas de posição do ACNUR relativamente à suspensão de transferências para a Grécia, Hungria e Bulgária consultar as notas de rodapé 42, 48 e 49.

⁶¹ O Regulamento de Dublin é aplicável à Suíça desde 1 de Março de 2008, após ter ratificado uma convenção internacional de adesão ao regulamento.

matéria como, numa decisão jurisprudencial consistente e ponderada, reafirmou cada um dos princípios adquiridos em matéria de proteção internacional com as devidas referências aos casos que os fundamentaram.

O caso foi levado ao Tribunal por uma família de oito cidadãos afegãos, dos quais seis eram menores de idade. O primeiro país por onde os requerentes entraram na União Europeia foi Itália, mas apenas apresentaram um pedido de asilo na Suíça, que pretendia assim transferi-los para Itália com base no artigo 10.º, n.º 1 do Regulamento de Dublin II. Os requerentes alegaram que a sua transferência para Itália os sujeitaria a um tratamento desumano e degradante conectado com a existência de deficiências sistémicas, perante as quais o governo italiano não conseguira apresentar garantias individuais suficientes para assegurar a proteção dos requerentes. Alegaram ainda que por não possuírem laços com Itália e não falarem a língua oficial a transferência implicaria igualmente uma violação do direito à vida privada e familiar protegido pelo artigo 3.º, uma questão que o Tribunal decidiu não analisar com base no seu poder de caracterização jurídica dos factos⁶².

A responsabilidade da Suíça na presente situação é reiterada com o afastamento da presunção de proteção equivalente. Tendo aderido ao Regulamento de Dublin mediante a ratificação de uma convenção internacional⁶³, a Suíça transferiu uma parte dos seus poderes de soberania para uma organização internacional mas permanece responsável no caso, dado que à luz da cláusula de soberania pode sempre afastar a obrigatoriedade de transferência para o Estado-Membro responsável⁶⁴. Aferida a responsabilidade da Suíça, o Tribunal reitera o princípio de que a transferência de um requerente de asilo pode levar à aplicação do artigo 3.º quando haja razões sérias para crer que a pessoa em questão enfrenta um risco real de ser sujeita a pena ou tratamento desumano ou degradante no país de acolhimento, situação em que o Estado fica obrigado a não transferir a pessoa para esse país. Afastando-se das decisões *Chapman contra Reino Unido*⁶⁵ e *Müslim contra Turquia*⁶⁶, são responsáveis por garantir condições materiais necessárias a uma vida condigna, nomeadamente pela obrigação de

⁶² *Tarakhel contra Suíça*, parágs. 54-55.

⁶³ Acordo entre a União Europeia, a Comunidade Europeia e a Confederação Suíça relativo à associação da Confederação Suíça à execução, à aplicação e ao desenvolvimento do acervo de Schengen, J.O. L 53 de 27 de fevereiro de 2008, pág. 52.

⁶⁴ O Tribunal reafirma aqui a jurisprudência *Bosphorus*, nomeadamente em *Tarakhel contra Suíça*, parág. 90 e *M.S.S. contra Bélgica e Grécia*, parág. 340.

⁶⁵ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Chapman contra Reino Unido*, 18 de janeiro de 2001, queixa n.º 27238/95, parág. 99.

⁶⁶ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Müslim contra Turquia*, 26 de abril de 2005, queixa n.º 53566/99, parág. 85.

transposição da Diretiva Acolhimento, e devem ter necessariamente em conta a especial vulnerabilidade dos requerentes de proteção internacional. Fazendo uma referência explícita ao parceiro do Luxemburgo na sua decisão do caso *N.S. e M.E.*, o TEDH faz a conexão para o artigo 3.º da CEDH com a afirmação de que a presunção de respeito por parte de um Estado Contratante pode ser validamente afastada quando razões substanciais demonstrem um risco real de sujeição a tratamento desumano ou degradante. O facto de o risco originar de um país considerado seguro não altera o nível de proteção dos direitos fundamentais do requerente nem a responsabilidade internacional do Estado, que nunca será assim isento de realizar uma análise individual e criteriosa do indivíduo em questão⁶⁷.

Ainda que reconhecendo que a situação em Itália não se assemelha à grega, bastou ao Tribunal julgar não infundada a possibilidade de um número significativo de requerentes de asilo carecer de alojamento e de condições básicas. Caberia assim às autoridades suíças obter as garantias necessárias por parte dos seus congéneres italianos em como seriam providenciadas à família as instalações e condições adequadas, tendo em igual conta a sua adaptação à idade das crianças e à manutenção da unidade familiar. Não seriam portanto suficientes meras afirmações da adequação e capacidade do sistema, ou da ausência de falhas sistémicas, devendo as garantias envolver uma apreciação individual das condições específicas que aquela família viria a obter. Dado que nem no caso em concreto nem nas suas alegações junto do TEDH o governo italiano prestou as dadas garantias, o TEDH conclui por fim de forma clara e explícita, com base nos pressupostos acima mencionados:

“[...] were the applicants to be returned to Italy without the Swiss authorities having first obtained individual guarantees from the Italian authorities that the applicants would be taken charge of in a manner adapted to the age of the children and that the family would be kept together, there would be a violation of Article 3 of the Convention.”⁶⁸

O Tribunal Europeu dos Direitos do Homem deixou uma mensagem clara sobre o sentido da mais alta proteção dos direitos fundamentais no quadro europeu, em especial em relação a um grupo vulnerável onde se torna crucial a necessidade de proteção por parte de outros Estados que não o da sua nacionalidade. Embora a estrutura e a situação genérica das condições de acolhimento em Itália não possam por si só impedir todas as transferências para este país, a existência de falhas sistémicas não constitui um requisito adicional para contestar

⁶⁷ *Tarakhel contra Suíça*, parágs. 103-104.

⁶⁸ *Tarakhel contra Suíça*, parág. 122.

uma decisão de transferência para outro Estado e não é critério obrigatório para afastar a presunção de que todos os Estados-Membros são países seguros. Na verdade, ao longo de toda a decisão o Tribunal nunca fez referência às “falhas sistémicas” enquanto teste de segurança, nem o incluiu entre os princípios e posições na corrente jurisprudencial que cuidadosamente revisitou desde *Soering* até ao caso *M.S.S.*.

Se forem confirmadas deficiências sistémicas que ponham em risco real o cumprimento dos artigos 3.º da CEDH e 4.º da CDFUE face aos requerentes de proteção internacional, tal será suficiente para impedir todas as transferências para esse país. Mas ainda que não sejam declaradas falhas sistémicas, nunca será dispensada uma avaliação individualizada e a procura de garantias específicas de proteção adequadas às especiais vulnerabilidades do indivíduo que pede asilo no caso concreto. O Tribunal clarificou também que a possibilidade de contestar a decisão de transferência para outro país não se esgota nas situações em que existam falhas sistémicas, podendo ser alegada com base em outros argumentos. Além da unidade familiar, o TEDH já recorreu igualmente ao princípio do superior interesse da criança como fundamento da decisão. Em *MA contra Secretary of State for the Home Department*, o TJ assumiu claramente que em determinadas circunstâncias, no caso relacionadas com a especial condição de vulnerabilidade dos requerentes enquanto menores não acompanhados, a necessidade de não prolongar a determinação do Estado-Membro responsável mais do que o estritamente necessário implica que os menores não sejam transferidos para outro Estado-Membro⁶⁹.

O principal impacto da decisão do TEDH em *Tarakhel* recai sobre os padrões necessários ao levantamento da presunção de cumprimento dos direitos fundamentais entre os Estados-Membros, estabelecendo claramente que esta não ocorre apenas perante deficiências sistémicas. Nas palavras de Steve Peers como uma “categoria intermédia das transferências

⁶⁹ Esta posição impulsionou uma proposta de alteração ao Regulamento de Dublin III, precisamente no sentido de garantir que o superior interesse da criança toma um lugar essencial na determinação do Estado-Membro responsável pela análise do pedido de asilo de um menor. A proposta altera e desdobra em três subparágrafos o artigo 8.º, n.º 4 do Regulamento, passando a determinar o n.º 4a que “Quando não sejam aplicáveis os números 1 e 3, o Estado-Membro responsável será aquele onde o menor não acompanhado submeteu um pedido de proteção internacional e se encontra presente, desde que assim se respeite o superior interesse da criança”. A proposta inicial foi apresentada pela Comissão Europeia, *Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Regulamento (UE) n.º 604/2013 no que se refere à determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de proteção internacional apresentado por um menor não acompanhado por um membro da família, irmão ou outro familiar legalmente presente num Estado-Membro*, COM (2014) 382 final.

de Dublin”⁷⁰ ou nas de Amanda Taylor como um “mecanismo de salvaguarda”⁷¹, o Tribunal opta por, em vez de determinar que todas as transferências estão ou não suspensas para Itália, impor aos próprios Estados o dever de levar a cabo uma análise minuciosa e individualizada.

A responsabilidade individual dos Estados em matéria de asilo é assim reafirmada e posta à frente do princípio da confiança mútua em que a União Europeia assentou o sistema de Dublin. Cathryn Costello e Minos Mouzourakis sublinham que a origem desta necessidade de orientação pelas instâncias europeias advém de um fenómeno contínuo da capacidade de alguns governos imporem limites aos direitos humanos a partir do próprio sistema, devendo ser vigiada a integridade de princípios que tomamos por adquiridos. Sugerem que ao longo da corrente jurisprudencial do TEDH, quando era permitida a utilização de presunções de segurança o tribunal via-se sempre forçado a reafirmar o escrutínio individual como única garantia de cumprimento do artigo 3.º da CEDH nas decisões de transferência ou reenvio⁷².

⁷⁰ PEERS, Steve, “Tarakhel v Switzerland: Another nail in the coffin of the Dublin system?”, in EU Law Analysis, 5 de novembro de 2014, disponível em <http://eulawanalysis.blogspot.be> (consultado a 14.07.2015)

⁷¹ TAYLOR, Amanda, *Tarakhel v. Switzerland: Where does the Dublin system stand now?* (...).

⁷² COSTELLO, Cathryn e Minos Mouzourakis, “Reflections on reading Tarakhel: Is ‘How Bad is Bad Enough’ Good Enough?”, in Asiel&Migrantenrecht, n.º 10, 2014, pp. 404-411, pág. 408.

IV. A PROIBIÇÃO DE TRANSFERÊNCIA DE UM REQUERENTE DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL AO ABRIGO DO SISTEMA DE DUBLIN

IV. 1. DE UMA CLÁUSULA DE SOBERANIA A UMA OBRIGAÇÃO DE NÃO TRANSFERÊNCIA NO REGULAMENTO DE DUBLIN III

Transversais a todo o aprofundamento da União Europeia e à progressiva transferência de competência para legislar dos Estados-Membros para a União estão, necessariamente, as prerrogativas de soberania que os Estados garantem manter em especial em matérias que afetam a segurança nacional. Embora a matéria de asilo se tenha comunitarizado e haja uma visível tendência para a uniformização de políticas de asilo e imigração, também nesta matéria encontramos uma cláusula de soberania que permite aos Estados afastar a aplicação dos critérios em que assento o sistema de Dublin, e analisar um pedido que não seria à partida da sua responsabilidade. A cláusula tem na sua génese um poder de apreciação atribuído aos Estados que aliás integra o próprio Sistema Europeu Comum de Asilo, conforme o Tribunal de Justiça já teve oportunidade de afirmar⁷³.

Tanto na Convenção de Dublin como no Regulamento de Dublin II a cláusula de soberania integrava o artigo 3.º n.º 2 do diploma. A única diferença que rapidamente identificamos entre ambos é a omissão, no Regulamento (CE) n.º 343/2003, da parte final: “desde que o requerente de asilo dê o seu consentimento para tal”. A aplicação da cláusula de soberania deixa assim de depender do consentimento do requerente, podendo ser usada tanto em seu benefício como numa situação em que seja prejudicado. O *European Council on Refugees and Exiles* (ECRE) desenvolveu em 2006 um estudo sobre a implementação do Regulamento de Dublin II em que apresenta as diferentes utilizações que cada Estado-Membro adota com base na mesma cláusula de soberania do artigo 3.º, n.º 2⁷⁴. Vários Estados faziam uso da cláusula por razões de proteção, tendo nomeadamente sido a base legal para a suspensão de transferências de requerentes de asilo para a Grécia, e por razões humanitárias de especial consideração por membros da família alargada ou pessoas com doenças psicológicas. No entanto são também relatadas práticas nacionais que se baseavam no artigo 3.º n.º 2 para acelerar o procedimento de análise de um pedido de asilo que é manifestamente infundado, como decorria na Áustria, ou perante pedidos de asilo de requerentes originários

⁷³ *N.S. contra Secretary of State for the Home Department e M.E. contra Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*, 21 de dezembro de 2011, processos n.º C-411/10 e C-493/10, parág. 65.

⁷⁴ *European Council on Refugees and Exiles, Report on the Application of the Dublin II Regulation* (...).

de um país terceiro seguro⁷⁵. As garantias processuais que asseguram um processo justo e equitativo são seriamente postas em causa quando a cláusula de soberania é usada para acelerar a análise do pedido, o que levanta dúvidas quanto à conformidade do seu uso “com observância das disposições da Convenção de Genebra”, conforme o próprio artigo 3.º n.º 2 do Regulamento de Dublin II ditava.

Quando a proposta de revisão do Regulamento de Dublin II foi apresentada pela Comissão em 2008⁷⁶ encontrávamos no seu texto um conjunto de alterações substanciais que poderiam efetivamente significar uma mudança. Apesar de não se alterar a base do sistema, a proposta tomava em devida consideração um relatório sobre a avaliação do sistema de Dublin⁷⁷ e múltiplas intervenções por parte da sociedade civil que denunciavam as principais falhas do quadro normativo de asilo. Como vimos já acima, a introdução de um mecanismo de suspensão temporária das transferências para determinado Estado-Membro, a limitação da cláusula de soberania a motivos humanitários com o consentimento do requerente ou ainda o alargamento do conceito de familiares nomeadamente a filhos menores casados, não geraram consenso no Conselho e acabaram por não ser incluídas no diploma. Como novidades trazidas pelo Regulamento de Dublin III temos, em particular, a extensão do Regulamento aos beneficiários de proteção subsidiária, estando agora a definição de “pedido de proteção internacional” em conformidade com a Diretiva 2011/95/UE. Foi introduzido um conjunto de direitos processuais dos requerentes de proteção internacional bastante desenvolvido, com especial atenção sobre o direito à informação, a entrevista pessoal e procedimentos adaptados aos menores, em particular menores não acompanhados. Entre outras alterações, é ainda de destacar a introdução do conceito de país terceiro seguro, que passou a ser o requisito para a legitimidade do reenvio de um requerente para um país terceiro.

Importa recordar que os casos jurisprudenciais *M.S.S.* e *N.S./M.E.* datam ambos de 2011, aquando das negociações sobre a proposta de alteração ao Regulamento de Dublin. A firme viragem que os tribunais introduziram em matéria de determinação do Estado-Membro responsável pela análise de um pedido de asilo merecia, portanto, a sua consolidação legislativa e o momento era oportuno. A alteração instituída pelo novo Regulamento de

⁷⁵ European Council on Refugees and Exiles, *Report on the Application of the Dublin II Regulation* (...), págs. 10-11.

⁷⁶ *Proposta de Regulamento* (...) COM (2008) 820.

⁷⁷ *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a avaliação do sistema de Dublin*, COM (2007) 299, de 6 de junho de 2007.

Dublin III⁷⁸ veio assim incorporar a corrente defendida em ambas as decisões jurisprudenciais, quase à letra, que passou a integrar o segundo parágrafo do artigo 3.º, n.º 2:

“Caso seja impossível transferir um requerente para o Estado-Membro inicialmente designado responsável por existirem motivos válidos para crer que há falhas sistémicas no procedimento de asilo e nas condições de acolhimento dos requerentes nesse Estado-Membro, que impliquem o risco de tratamento desumano ou degradante na aceção do artigo 4.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, o Estado-Membro que procede à determinação do Estado-Membro responsável prossegue a análise dos critérios estabelecidos no Capítulo III a fim de decidir se algum desses critérios permite que outro Estado-Membro seja designado responsável.”

Dado que o novo parágrafo se refere apenas às situações em que o Estado-Membro fica impossibilitado de transferir o requerente, o artigo 3.º n.º 2 deixou de constituir a tradicional cláusula de soberania e abrange apenas a obrigação de não reenvio, com a sua origem na cláusula de soberania conforme interpretada pelos tribunais europeus, quando reduz a zero a margem de discricionariedade dos Estados perante falhas sistémicas na proteção dos requerentes de asilo. Com uma nova moldura, a cláusula de soberania foi transferida para o artigo 17.º juntamente com a cláusula humanitária, apresentando-se ambas sob a epígrafe “cláusulas discricionárias”.

O novo artigo 17.º n.º 1 teve a oportunidade de apresentar aos Estados uma clara orientação para a utilização da cláusula de soberania, quando a Comissão Europeia propôs restringir o seu fundamento em “razões humanitárias e compassivas”, e sujeitar novamente a sua aplicação ao consentimento do requerente⁷⁹. Esta proposta acabou todavia por não proceder, permanecendo a norma como uma visível prerrogativa de soberania dos Estados-Membros numa matéria que se pretende cada vez mais comunitária, com espaço para a continuação de uma utilização abusiva da cláusula e criação de situações que questionam nomeadamente os direitos processuais dos requerentes.

⁷⁸ Regulamento (UE) n.º 604/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de junho de 2013.

⁷⁹ *Proposta de Regulamento (...)*, COM (2008) 820.

IV. 2. OBRIGAÇÃO DE RESPEITO PELOS DIREITOS FUNDAMENTAIS POR PARTE DOS ESTADOS-MEMBROS

Cada tribunal nacional ou decisor deverá sempre avaliar a situação em concreto à luz do quadro de direitos fundamentais a que se encontra adstrito o seu Estado. Aplicam-se antes de mais, as Constituições a que cada tribunal nacional se encontra vinculado, também elas influenciadas pelos instrumentos internacionais e interpretadas à luz da constante evolução política e social. A responsabilidade dos Estados de devidamente proteger os legítimos requerentes de proteção internacional advém de muito antes da Convenção de Dublin. Aliás, como acima vimos, o principal propósito desta Convenção era estabelecer um mecanismo que impedisse o acréscimo de pedidos de asilo múltiplos em vários Estados-Membros, a partir do momento em que se aboliram as fronteiras internas. Isto porque todos os Estados-Membros, em 1990, eram já partes contratantes da Convenção de Genebra de 1951 e haviam igualmente ratificado o Protocolo de Nova Iorque de 1967. Acresce que o Programa de Estocolmo⁸⁰ veio pela primeira vez incentivar a adesão da UE à Convenção de Genebra e ao Protocolo de 1967, que deveria acontecer até 2013, mas ainda aguardamos uma iniciativa dos decisores europeus para avançar com as negociações.

Nesta senda, pretendo ainda salientar o papel do direito costumeiro internacional neste quadro de proteção dos direitos fundamentais. Uma linha doutrinária e jurisprudencial tem reconhecido a existência de uma lista de princípios que constituem costume internacional, formado de modo espontâneo a partir da repetição uniforme da prática e acompanhado de uma convicção de obrigatoriedade por parte da grande maioria dos Estados da comunidade internacional⁸¹. Ainda que nem todos os Estados tenham de participar na formação do costume, a norma costumeira será aplicável universalmente. Este âmbito subjetivo significa que qualquer pessoa goza dos direitos que constituem *ius cogens*, independentemente da jurisdição em que se encontra ou do Estado em que é nacional ter ou não ratificado instrumentos internacionais de proteção desses direitos. Sabemos contudo que a efetiva implementação desses direitos dependerá da atuação do Estado perante uma violação dos

⁸⁰ Para uma visão integrada dos programas que guiaram a política de asilo da União, GORTÁZAR, Cristina et alii (eds.), *European Migration and Asylum Policies: Coherence or Contradiction? An Interdisciplinary Evaluation of the EU Programmes of Tampere (1999), The Hague (2004) and Stockholm (2009)*, Bruxelas: Éditions Bruylant, 2012.

⁸¹ Sobre esta matéria ver nomeadamente BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2010, págs.160-167; ou PEREIRA, André Gonçalves e Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 1997, págs. 155-175.

direitos fundamentais, sendo largamente pautada pela dinâmica das relações diplomáticas entre países. Uma das consolidadas normas que constituem *ius cogens* é, precisamente, a proibição de tortura. Ainda que a interpretação deste princípio nos remeta novamente para os tribunais nacionais ou para os guardiães das convenções internacionais a que os Estados estão adstritos, o facto de se impor universalmente como costume internacional reforça a opção pela mais ampla proteção que lhe possa ser conferida. Como corolário da proibição de tortura encontramos ainda a proibição de *non-refoulement*, consolidada nestas convenções internacionais e ainda reiterada pela Convenção contra a Tortura (artigo 3.º), e pelo Comité de Direitos Humanos interpretando o Pacto Internacional dos Direitos Cíveis e Políticos. Por maioria de razão e conforme reforçado por outros autores, é igualmente por muitos considerada um princípio de *jus cogens*, posição que subscrevo, vinculando assim todo o Estado por via do direito costumeiro internacional, acolhido pelo Tribunal de Justiça e genericamente recebido pelas constituições nacionais dos Estados-Membros.

Será ainda de salientar particularmente a adesão dos Estados-Membros à CEDH. Os critérios de Copenhaga para a adesão de novos Estados-Membros à União Europeia impõem o respeito pelos direitos fundamentais⁸², estando subjacente a necessidade de ratificação da CEDH para entrar na UE, um requisito que embora não estivesse presente nos primórdios da Comunidade onde os interesses económicos predominavam, assume hoje uma importância essencial que a Comissão tem fortemente vigiado nos candidatos oficiais. Quanto à vinculação da própria União a convenções internacionais, encontramos-nos no moroso processo de adesão à CEDH, sobre o qual me debruçarei com maior detalhe adiante⁸³.

Ainda no plano supranacional, o Tratado de Lisboa veio introduzir uma coesa proteção dos direitos fundamentais no novo texto do artigo 6.º do Tratado da União Europeia. Começa por reconhecer os direitos consagrados na CDFUE como parte integrante dos princípios da União e atribui à Carta o mesmo valor jurídico que os Tratados (artigo 6.º, n.º 1, 1.º parágrafo do TUE). As instituições, órgãos e organismos da União, bem como os Estados-Membros sempre que apliquem o direito da União, deverão assim basear a sua atuação política e legislativa nos direitos enunciados na Carta, incluindo o direito a asilo (artigo 51.º da CDFUE).

⁸² KASSIMERIS, Christos e Lina Tsoumpanou, “The Impact of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms on Turkey’s EU Candidacy”; in The International Journal of Human Rights, vol. 12(3), junho de 2008, pp. 329–345, p. 332 e ss.

⁸³ O Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça, de 18 de dezembro de 2014, é abordado abaixo na secção V.3.

Segundo o artigo 6.º, n.º 1, 3.º parágrafo do TUE, “os direitos, as liberdades e os princípios consagrados na Carta devem ser interpretados de acordo com as disposições gerais constantes do Título VII da Carta”. Para compreender os termos em que a interpretação da Carta deve ocorrer e assim dar resposta à principal questão a que me propus responder nesta dissertação, dispõe desde logo o n.º 3 do artigo 52.º no seguinte sentido:

“Na medida em que a presente Carta contenha direitos correspondentes aos direitos garantidos pela Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o sentido e o âmbito desses direitos são iguais aos conferidos por essa Convenção. Esta disposição não obsta a que o direito da União confira uma proteção mais ampla.”

Ora sendo o sentido e o âmbito dos direitos protegidos pela CEDH permanentemente desenvolvido pelo TEDH, as suas decisões jurisprudenciais constituem parte integrante desses mesmos direitos. Com base no artigo 52.º n.º 3 vemos assim que sempre que seja aplicada a CDFUE os direitos nela consagrados terão, no mínimo, o sentido conforme com a interpretação de Estrasburgo de direitos correspondentes na CEDH.

Por outro lado, determina o artigo 53.º que o nível de proteção reconhecido pelas convenções internacionais em que são partes a União ou todos os Estados-Membros não poderá ser restringido com base numa diferente interpretação de qualquer norma da Carta. Nesta categoria insere-se antes de mais a Convenção Europeia dos Direitos do Homem, como o próprio texto especifica, mas inserir-se-á igualmente a Convenção de Genebra e o Protocolo de Nova Iorque, ambos ratificados por todos os Estados-Membros.

Aproximo-me assim da principal questão que advém da leitura conjunta dos casos *M.S.S., N.S. e M.E.* e por fim de *Tarakhel*. No primeiro, o TEDH construiu o princípio segundo o qual perante a existência de falhas sistémicas que apresentem um risco de violação do artigo 3.º no Estado que seria responsável pela análise de um pedido de asilo, o Estado-Membro onde o requerente se encontra fica impedido de o transferir para esse país. Em *N.S. e M.E.*, o Tribunal de Justiça dá a entender que a suspensão de transferência ocorre *apenas* perante falhas sistémicas, numa interpretação mais restrita da proteção conferida pelo artigo 4.º da CDFUE. Por fim no julgamento *Tarakhel* o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem veio reforçar que esta proteção não se limita a situações de falhas sistémicas, sendo refutada a presunção de cumprimento do artigo 3.º da CEDH sempre que existam razões sérias para crer

que a pessoa enfrentaria um risco de tratamento contrário a esta mesma norma⁸⁴.

Os Estados-Membros encontram-se efetivamente adstritos ao nível de proteção mais elevado concedido por decisões como *Tarakhel* e *M.S.S.*, incorrendo em responsabilidade internacional sempre que tomarem uma posição restritiva que reduza os direitos fundamentais do requerente. Por parte dos tribunais nacionais, estes deverão sempre optar pela mais ampla proteção conferida pelos instrumentos supranacionais, como principais responsáveis pela aplicação do direito da União e sob pena de violar as suas obrigações internacionais, sujeitando-se aos mecanismos de responsabilidade implementados.

Ora da perspetiva do Tribunal de Justiça, o artigo 3.º da CEDH e o artigo 4.º da CDFUE são correspondentes, de tal forma que contêm um texto idêntico. Seguindo a interpretação exigida pelo artigo 6.º do TUE e pelos artigos 52.º e 53.º da CDFUE, o tribunal do Luxemburgo não pode descurar a interpretação que tem sido tomada e crescentemente consolidada por Estrasburgo e encontra-se igualmente obrigado a conferir a mais ampla das proteções concedidas pelo direito da União ou pela CEDH. A posição defendida em *Tarakhel* permite a extensão da suspensão de transferências a mais situações além daquelas em que sejam provadas falhas sistémicas, bastando a existência de um risco real para o requerente no caso concreto. Abre ainda caminho para que seja dada relevância a outros direitos fundamentais além da proibição de pena ou tratamentos desumanos ou degradantes, não sendo o artigo 3.º da CEDH o único invocável para efeitos de suspensão de transferência. Hoje observamos uma clara discrepância entre as posições defendidas pelos dois tribunais, principalmente em *N.S. e M.E.* e em *Tarakhel*. Será da competência do Tribunal de Justiça a uniformização das interpretações adotadas pelos vários Estados-Membros seguindo a corrente jurisprudencial claramente mais protetora do TEDH, que implicará uma mudança de rumo em relação às decisões que o TJUE tem tomado.

A cláusula de soberania abre, por definição, uma margem de discricionariedade aos Estados que lhes permite claramente afastar os critérios de determinação do Estado-Membro responsável e alocar a si próprio determinado pedido de asilo. Mas ainda que a norma em que se insere esta cláusula não inclua nenhuma exceção, tal não significa que esta discricionariedade seja ilimitada e muito menos inconsequente. Na base do sistema jurídico e aplicável a toda a sua extensão encontra-se precisamente o conjunto de direitos fundamentais, com uma especial obrigação de respeito emergente da responsabilidade internacional em que

⁸⁴ TEDH, *Tarakhel*, parágs. 101-105.

os Estados incorrem quando tenham ratificado os principais instrumentos de proteção dos direitos humanos. À cláusula de soberania do Regulamento de Dublin aplicam-se necessariamente limites que impeçam que a margem de discricionarieidade conflitue com o núcleo essencial de direitos fundamentais a que o Estado se encontra adstrito⁸⁵, e que se podem refletir em dois sentidos. Por um lado, implicam que o Estado não possa usar a cláusula de soberania no sentido de diminuir os direitos processuais do requerente de asilo, apenas por considerar, sem uma análise completa do caso, que o requerimento é inadmissível. Por outro, os limites podem estender-se de tal modo que reduzem a margem de discricionarieidade a zero. É precisamente o que ocorre quando a opção por não usar a cláusula de soberania possa resultar num risco grave de violação dos direitos fundamentais do requerente. Ainda que o Estado não seja diretamente responsável pela violação, tendo o poder de a evitar mediante a ativação da cláusula de soberania não se poderá recusar a fazê-lo. Foi neste sentido que o TEDH e o TJUE decidiram ao impor sobre os Estados-Membros uma obrigação de não reenvio, situação que hoje encontramos salvaguardada pelo artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento de Dublin.

Devemos recordar-nos, bem como aos Estados-Membros, que a aplicação do conceito de “país terceiro seguro” não os absolve da obrigação de garantir proteção a um legítimo beneficiário de proteção internacional. À luz do direito internacional aplicável a responsabilidade primária sobre um pedido de asilo continua a ser a do Estado onde este pedido foi submetido, nomeadamente para efeitos de aplicação do princípio de *non-refoulement*, pelo que recairá igualmente sobre este Estado qualquer responsabilidade que resultar de uma decisão de transferir o requerente para outro país⁸⁶.

A transferência de poderes de soberania para uma organização supranacional não é igualmente causa de isenção da responsabilidade do Estado. A CEDH não proíbe as Partes Contratantes de transferir poderes de soberania para uma organização internacional desde que, conforme o TEDH reforçou em diversas ocasiões, esta tenha um nível de proteção dos direitos fundamentais no mínimo equivalente ao da Convenção. Será neste ponto que se torna especialmente relevante a atenção a dar ao diálogo jurisprudencial entre o TEDH e o TJUE, uma vez que a interpretação das obrigações decorrentes da CEDH não se esgota na leitura da convenção aprovada em 1950, devendo ser contextualizada de acordo com as posições

⁸⁵ O conceito de núcleo essencial do direito e a sua relevância para a definição de limites à discricionarieidade dos Estados-Membros no uso da cláusula de soberania é desenvolvido abaixo, na secção V.2.

⁸⁶ Remeto novamente para o já supracitado caso TEDH, *T.I. contra Reino Unido*.

tomadas desde então por Estrasburgo e que refletem a inevitável evolução dos direitos fundamentais protegidos pela Convenção, adaptados e aplicados à realidade atual.

Ainda que determinadas matérias sejam transferidas para a competência de outra organização, nem sempre a responsabilidade do Estado se esgota aqui. O TEDH foi um pouco mais longe para identificar as situações em que um Estado tem margem de discricionariedade na tomada de decisões em concreto, como é o caso particular da cláusula de soberania do Regulamento de Dublin. Apesar de o diploma estabelecer claramente quais os critérios de determinação do Estado-Membro responsável e a respetiva ordem, todas estas normas podem ser afastadas com base na cláusula que permite a um Estado analisar ele próprio um pedido de proteção internacional pelo qual não seria à partida competente. Esta margem de discricionariedade retira a obrigatoriedade do respeito pelas normas emitidas pela União Europeia na matéria. Assim, no caso *Bosphorus contra Irlanda* o tribunal de Estrasburgo afirma que a decisão de transferência de um requerente no âmbito do sistema de Dublin é um ato que excede estritamente as obrigações legais internacionais dos Estados a quem o Regulamento de Dublin é aplicável, reforçando a sua plena responsabilidade à luz da CEDH⁸⁷.

Temos observado uma crescente desresponsabilização dos Estados-Membros e da União face ao respeito pela Convenção de Genebra, pela Convenção Europeia dos Direitos do Homem e pela Carta dos Direitos Fundamentais, desde a adoção de políticas legislativas desconformes na sua génese, como o Regulamento de Dublin, como na própria implementação deste instrumento. Os Estados-Membros correm um elevado risco ao depositarem a sua própria responsabilidade perante instâncias internacionais no princípio da confiança mútua e na presunção de respeito pelos direitos fundamentais, e a meu ver o Regulamento de Dublin não providencia mecanismos suficientemente adequados para assegurar que as situações “excecionais” em que um Estado poderá avaliar o cumprimento dos direitos fundamentais por outro são devidamente acauteladas. Em contrapartida, escudam-se no funcionamento da União como um todo para continuamente se desresponsabilizarem, determinando que a competência pertence a outro Estado-Membro e justificando qualquer falha na avaliação sobre um país seguro na presunção *ab initio* de garantia dos direitos fundamentais. Tem sido porém reiterado por ambos os tribunais que a

⁸⁷ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi contra Irlanda*, 30 de junho de 2005, queixa n.º 45036/98. A mesma posição é reforçada em *Michaud v. France*, 6 de dezembro de 2012, queixa n.º 12323/11.

presunção de que os Estados-Membro respeitam os direitos fundamentais, cumprem as suas obrigações internacionais ou efetivamente implementam as diretivas transpostas para a ordem nacional não é, de todo, irrefutável. Quando os Estados-Membros se consciencializarem da responsabilidade individual que assumem perante a comunidade internacional e perante a União, poderemos desenvolver mecanismos de permanente avaliação que não afetem a soberania dos Estados, uma proposta que destacarei na análise crítica desta dissertação.

IV.3. O ÂMBITO DE PROTEÇÃO DA PROIBIÇÃO DE TORTURA E DE PENAS OU TRATAMENTOS DESUMANOS E DEGRADANTES

Apesar de a CEDH, ainda anterior à Convenção de Genebra, não conter nenhuma norma explícita sobre o direito de asilo, o TEDH não demorou a construir a devida proteção para os requerentes de proteção internacional a partir da interpretação do artigo 3.º que impõe a proibição de submissão a torturas ou a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. No âmbito de um processo de extradição, decidiu assim em 1989 que uma pessoa não pode ser expulsa para um país onde possa ocorrer risco de violação do artigo 3.º⁸⁸, e veio posteriormente a alargar esta posição a outros casos de envio de uma pessoa para outro país, nomeadamente num processo de asilo⁸⁹. O TEDH consolidou desta forma o princípio de *non-refoulement* enquadrando-o na proibição de sujeição a tortura e penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, com um progressivo estabelecimento de rigorosos critérios para a consideração de um país como seguro. De modo a não incorrer em nenhuma violação da CEDH, os Estados vêm-se assim obrigados a oferecer ou de alguma forma garantir a proteção do requerente de asilo, que a partir do momento em que não pode ser enviado para um país considerado como não seguro fica necessariamente à responsabilidade do Estado onde se encontra.

O facto de o princípio de *non-refoulement* ser enquadrado à luz da CEDH na proibição de tortura confere-lhe uma proteção mais ampla do que a que encontramos no artigo 33.º da Convenção de Genebra. O n.º 2 deste último ressalva explicitamente as situações em que o refugiado seja por motivos sérios considerado um risco ou uma ameaça para a segurança no país, nomeadamente por ter cometido um crime grave, não sendo neste caso aplicável o princípio do *non-refoulement*. A aplicabilidade desta exceção depende da respetiva

⁸⁸ TEDH, *Soering contra Reino Unido*.

⁸⁹ TEDH, caso *Cruz Varas e Outros contra Suécia* e caso *Vilvarajah e Outros contra Reino Unido*.

fundamentação em razões de segurança nacional ou ordem pública, conforme com o artigo 32.º, e da existência de uma decisão tomada no âmbito de um processo justo e equitativo com base numa análise individualizada do caso em concreto⁹⁰. Perante alegações do Reino Unido que sugeriam a limitação da proteção a pessoas que não lesaram a humanidade ou outros indivíduos, o TEDH reafirmou que não podia admitir limitações ao artigo 3.º da CEDH ao abrigo da segurança nacional, deixando claro que “a proibição providenciada pelo artigo 3.º contra maus tratos é igualmente absoluta em casos de expulsão” e que as atividades do indivíduo em questão não podem ser uma consideração material na tomada de decisão⁹¹. Em contrapartida, a proibição de tortura constitui um dos poucos direitos fundamentais considerados absolutos, sobre o qual não poderá portanto recair nenhuma limitação ou derrogação, ainda que baseadas na segurança nacional, que se consubstancie na violação do artigo 3.º da CEDH em caso de reenvio para determinado país. Ademais, e como abaixo desenvolverei, a natureza irreparável dos danos que resultem de uma violação desta proibição justificam que a proteção conferida pelo artigo 3.º seja principalmente baseada na prevenção, bastando a existência de um risco real ou manifesto que tenha sido ignorado pelo Estado de reenvio para acionar a sua responsabilidade internacional. À luz do artigo 3.º da CEDH não se poderá portanto aplicar nenhuma exceção semelhante à do n.º 2 do artigo 33.º da Convenção de Genebra, pelo que em situação alguma poderá uma pessoa ser reenviada para um país onde corra um sério risco de ser sujeita a tratamentos desumanos ou degradantes, independentemente da proteção que requeira, do estatuto que lhe seja atribuído ou das exceções ao princípio de *non-refoulement* que lhe possam ser aplicáveis nos termos da Convenção de Genebra, que aqui se distinguem das cláusulas de exclusão.

O mesmo fundamento absoluto releva para a distinção na proteção entre o artigo 3.º da CEDH e o artigo 33.º da Convenção de Genebra a respeito dos atores de perseguição⁹². No âmbito deste último instrumento, é consensual que o requisito de perseguição temida pelo requerente de asilo provenha do Estado de onde é nacional, ou onde tem a sua residência permanente se for um apátrida, ou que este seja incapaz ou não demonstre vontade em proteger o indivíduo. Embora esta fosse a interpretação seguida por alguns Estados

⁹⁰ MOLE e Meredith, *Asylum and the European Convention on Human Rights* (...), pág. 32.

⁹¹ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Chahal contra Reino Unido*, 15 de novembro de 1996, queixa n.º 22414/93, parág. 80.

⁹² BOUTILLET-PAQUET, Daphné (dir.), *La protection subsidiaire des réfugiés dans l'UE : un complément à la convention de Genève?*, Bruxelas: Bruylant, 2002

Contratantes⁹³, o TEDH cedo se afastou para afirmar que não tem de ser adjudicada ou estabelecida a responsabilidade do país de acolhimento para acionar a responsabilidade à luz do artigo 3.º⁹⁴. O carácter absoluto do direito garantido pelo artigo 3.º implica que o risco possa também emanar de pessoas ou grupos que não são autoridades públicas. O Estado pode ter uma responsabilidade direta ou indireta sobre a criação do perigo, mas ainda que não esteja de qualquer modo implicado sempre que exista um risco contra o requerente, independentemente da fonte, desde que o Estado se recuse ou se mostre incapaz de oferecer a proteção adequada⁹⁵. Após diversas confirmações desta opinião⁹⁶, o TEDH sumariza a sua posição num julgamento mais recente:

“The existence of the obligation not to expel is not dependent on whether the source of the risk of the treatment stems from factors which involve the responsibility, direct or indirect, of the authorities of the receiving country, and Article 3 may thus also apply in situations where the danger emanates from persons or groups of persons who are not public officials.”⁹⁷

Desde adoção da primeira Diretiva Qualificação, ainda de 2004, todos os Estados-Membros estão já obrigados a reconhecer o medo de perseguição por agentes não estatais como fundamento válido para a atribuição do estatuto de beneficiário de proteção internacional⁹⁸, ainda que na prática alguns Estados tenham continuado a adotar políticas mais restritivas⁹⁹. Ainda assim, mantém-se a relevância desta orientação jurisprudencial para a transferência de requerentes de asilo no âmbito do sistema de Dublin. Sempre que um Estado pretenda transferir para outro um requerente, e como já foi por diversas ocasiões sublinhado nesta dissertação, a sua responsabilidade internacional não é plenamente afastada apenas por aplicação da presunção de respeito pelos direitos fundamentais entre Estados-Membros. Neste contexto, será portanto aplicável a mais ampla proteção do artigo 3.º da

⁹³ A título de exemplo, consultar as alegações nos casos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *T.I. contra Reino Unido*; *H.L.R. contra França*, 29 de abril de 1997, queixa n.º 24573/94; e *Tatete contra Suíça*, 24 de junho de 1998, queixa n.º 41874/98.

⁹⁴ TEDH, *Soering contra Reino Unido*.

⁹⁵ TEDH, *H.L.R. contra França*, parágs. 39-40.

⁹⁶ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Ahmed contra Áustria*, 17 de dezembro de 1996, queixa n.º 25964/94; *D. contra Reino Unido*, 2 de maio de 1997, queixa n.º 30240/96; *B.B. contra França*, 7 de setembro de 1998, queixa n.º 30930/96; e *Ammari contra Suécia*, 22 de outubro de 2002, queixa n.º 60959/00.

⁹⁷ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Salah Sheekh contra os Países Baixos*, 11 de janeiro de 2007, queixa n.º 1948/04, parág. 147.

⁹⁸ MOLE e Meredith, *Asylum and the European Convention on Human Rights* (...), pág. 29.

⁹⁹ European Council on Refugees and Exiles, *The Impact of the EU Qualification Directive on International Protection*, Outubro de 2008.

CEDH, sem que os Estados possam alegar limitações ao abrigo da Convenção de Genebra. Quando um Estado tenha razões sérias para crer que o requerente será sujeito a tratamentos desumanos ou degradantes, ainda que o risco emane de pessoas ou grupos não estatais, estará impossibilitado de proceder à transferência. O risco de violação pode respeitar tanto ao país para onde o requerente será transferido como ao país de acolhimento para onde este o possa reenviar, permanecendo o primeiro Estado responsável por situações de *refoulement* tanto direto como indireto.

Ainda que seja um dos instrumentos de proteção dos direitos fundamentais mais vinculativos e com um marcado grau de judiciabilidade, a amplitude dos direitos fundamentais que a CEDH consagra está limitada à geração em que foi aprovada, em 1950. Não encontramos explicitamente no texto da Convenção um direito de asilo, à proteção internacional ou qualquer norma nesta matéria. Logo em 1951 foi no entanto aprovada a Convenção de Genebra relativa ao Estado dos Refugiados, cujo artigo 33.º incluía já um princípio de *non refoulement* como proibição de expulsar um refugiado para um país em que “a sua vida ou a sua liberdade seja ameaçada em virtude da sua raça, da sua religião, da sua nacionalidade, do grupo social a que pertence ou das suas opiniões políticas”. Tendo necessariamente de adaptar a interpretação da Convenção de modo a garantir a proteção dos refugiados em pelo menos algumas das normas essenciais da Convenção de Genebra, nomeadamente o artigo 33.º, e na ausência de cláusulas específicas de proteção em matéria de asilo, o TEDH desenvolveu a sua fundamentação sempre com base no artigo 3.º da Convenção. Por força das diferentes disposições em que se baseiam e pela possibilidade que o TEDH tem de continuamente interpretar a Convenção, uma flexibilidade de que a Convenção de Genebra não disfrutava, os dois diplomas têm diferenças substanciais quanto ao âmbito de proteção dos refugiados. Para ativar a proteção da Convenção de Genebra e impedir uma expulsão importa que o refugiado seja alvo de perseguição por um dos cinco motivos elencados em que se baseia a definição de refugiado¹⁰⁰. Quando aplicamos o artigo 3.º da CEDH para impedir uma transferência as razões para o tratamento desumano ou degradante são “imateriais”¹⁰¹, sendo bastante a existência de um risco real de exposição a

¹⁰⁰ O artigo 1.º/A/2 da Convenção de Genebra define refugiado como a pessoa que é “perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua residência habitual em consequência de tais acontecimentos, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.”

¹⁰¹ MOLE e Meredith, *Asylum and the European Convention on Human Rights* (...), pág. 25.

este tratamento independentemente da sua causa ou origem. A ausência de uma intenção de lesar, humilhar ou depreciar a vítima não pode por si só excluir uma violação do artigo 3.º¹⁰². Esta é uma interpretação conforme com a Diretiva Qualificação que, além do estatuto de refugiado aplicável a pessoas que riskem perseguição, concede proteção subsidiária nomeadamente aos que se encontrem em risco de “pena ou tratamento desumano ou degradante do requerente no seu país de origem” (artigo 15.º).

Para integrar o âmbito de proteção desta norma, o tratamento deve atingir um grau mínimo de severidade¹⁰³, cuja definição tem sido reiteradamente considerada relativa e depende de variados fatores relacionados com a duração da sujeição a esse tratamento, os efeitos mentais e físicos induzidos e elementos relacionados com o perfil ou circunstâncias de especial vulnerabilidade da vítima¹⁰⁴. Tendo em atenção estes fatores, o decisor deverá analisar se a transferência para determinado país de uma pessoa com determinado perfil poderá levar à sua sujeição a um tratamento inadmissível à luz da Carta e da Convenção. Para o tratamento ser “desumano” deverá envolver um prolongado sofrimento físico ou mental, sendo considerado “degradante” se provocar na vítima um sentimento humilhante de medo, angústia ou inferioridade¹⁰⁵. Ao aferir a possibilidade de humilhação deve o decisor atender à perspectiva da própria vítima, não sendo necessário que a comunidade veja o tratamento como humilhante¹⁰⁶. Por outro lado, as garantias de que a transferência não colocará o requerente em risco de sujeição a estes tratamentos deve estender-se a todo o período de duração da análise do pedido de asilo de modo a prevenir o *refoulement* do requerente, igualmente contrário ao artigo 3.º.

Ainda que a CDFUE seja dotada de um corpo de direitos fundamentais consideravelmente mais alargado, assegurando nomeadamente o direito ao asilo do artigo 18.º, o TJUE tem seguido de perto Estrasburgo na fundamentação jurídica das suas decisões de suspensão de transferência. Todas as situações que envolveriam o *refoulement* do requerente, para um país terceiro ou no âmbito das transferências dentro do sistema de Dublin, têm sido posicionadas no âmbito do artigo 4.º da Carta, espelho da norma equivalente

¹⁰² TEDH, *M.S.S. contra Bélgica e Grécia*, parág. 220 e TEDH, *Peers contra Grécia*, 19 de abril de 2001, queixa n.º 28524/95, parág. 74.

¹⁰³ TEDH, *Cruz Varas e Outros contra Suécia*, parág. 83.

¹⁰⁴ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Kudla contra Polónia*, 26 de outubro de 2000, queixa n.º 30210/96, parág. 91.

¹⁰⁵ TEDH, *Kudla contra Polónia*, parág. 92.

¹⁰⁶ TEDH, *M.S.S. contra Bélgica e Grécia*, parág. 220 e TEDH, *Tyrer contra Reino Unido*, 25 de abril de 1978, queixa n.º 5856/72, parág. 3.

na CEDH que consagra a proibição da tortura e dos tratos ou penas desumanos ou degradantes.

IV. 4. A NECESSIDADE DE PREVENÇÃO DE LESÕES IRREPARÁVEIS E A PROTEÇÃO DE PESSOAS ESPECIALMENTE VULNERÁVEIS

§ 1. A natureza irreparável dos danos

Geralmente os remédios judiciais no campo da proteção dos direitos fundamentais ocorrem após uma violação específica e conduzem à condenação do Estado com base nesses factos já ocorridos e nas lesões provocadas na vítima. Conseguimos observar esta tendência no conjunto de decisões jurisprudenciais do TEDH, embora no Tribunal de Justiça não seja tão notória uma vez que não constitui uma entidade de recurso, assumindo essencialmente funções de interpretação e uniformização da aplicação do direito da União¹⁰⁷. Não obstante, se a grande maioria dos direitos consagrados nos instrumentos fundamentais conduzem a uma possibilidade de reparação e compensação, a proibição de penas ou tratamentos desumanos ou degradantes demarca-se seguramente deste grupo. Uma violação desta proibição poderá rapidamente resultar na infligência de lesões físicas e psicológicas irreversíveis e dificilmente compensáveis. Imaginemos a situação típica de uma pessoa que fugiu do seu país de origem por já ter aí sido alvo de violações graves de direitos fundamentais ou ter corrido um real risco de perseguição, muitas vezes com comprovadas marcas de maus-tratos físicos e diagnósticos de stress pós-traumático. Iniciam uma viagem longa, nas sombras da ilegalidade e do crime organizado, em busca de um local seguro onde encontrar asilo. Já foram de tal modo sujeitas a tratamentos muito abaixo do limiar legal e moralmente admissível, envolvendo por si mesmos danos permanentes, que a mera possibilidade de virem a ser novamente sujeitos a tratamentos desumanos arrisca reativar um infundável ciclo de sofrimento. Ademais, independentemente de os motivos originais de perseguição terem sido comprovados como reais ou suficientes para enquadrar o estatuto de refugiado, o simples facto de a pessoa ter fugido do seu país de origem e procurado proteção noutro Estado é muitas vezes visto como um atentado à pátria e ao povo, motivo de marginalização e perseguição pelas próprias autoridades públicas ou pela comunidade se um dia regressar.

Compreendemos assim que a natureza irreparável dos danos que podem advir de uma

¹⁰⁷ COUTINHO, Francisco Pereira, *Os Tribunais Nacionais na Ordem Jurídica da União Europeia: o caso português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

transferência ou expulsão havendo ainda risco de violação do artigo 3.º da CEDH e do artigo 4.º da CDFUE justifique medidas de prevenção adicionais por parte de um Estado que se vê confrontado com um recurso de uma decisão de transferência. Para os Estados efetivarem a sua responsabilidade face aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais, deve deles próprios partir a iniciativa de criar mecanismos de proteção e prevenção de violações. Tornar-se-ia insuportável para um sistema de asilo se rigorosamente todos os países para onde um requerente pudesse ser transferido tivessem de ser objeto de atencioso escrutínio antes da decisão de transferência, mas há duas situações em que a responsabilidade do Estado é notória: quando o risco é alegado em instância e sempre que as autoridades não o podem desconhecer. A primeira, intrinsecamente ligada ao imediato efeito suspensivo da decisão de transferência para evitar incorrer em lesões irreparáveis, a segunda deriva do carácter oficioso da avaliação do risco de sujeição a tratamentos proibidos.

§ 2. Efeito suspensivo da decisão de transferência

A primeira situação em que é ativada a responsabilidade do Estado releva sempre que o requerente suscite em tribunal um risco de violação caso seja transferido para determinado país e é uma situação que o próprio TEDH já salvaguardou. Quando o requerente alegue que a expulsão ou reenvio para Estado terceiro o deixará exposto a um tratamento proibido pelo artigo 3.º da CEDH, antes da tomada de decisão deve o Estado terceiro ser imperativamente objeto de escrutínio por parte de uma autoridade nacional. O artigo 13.º da CEDH tem subjacente a noção de remédio efetivo¹⁰⁸, uma garantia a que o requerente apenas terá acesso se o escrutínio for independente, rigoroso, e tiver lugar sempre que existam razões fundamentadas para recear um risco real de tratamento contrário ao artigo 3.º. Uma importante vertente do direito a um recurso efetivo, quando estamos perante uma decisão de transferência, é a possibilidade que o requerente deve ter de suspender a implementação da medida impugnada até decisão definitiva no caso em concreto¹⁰⁹. Na conjugação do artigo 13.º com o artigo 3.º, os Estados têm efetivamente uma obrigação de analisar com escrutínio o mérito de cada pedido, de onde resulta essencial que o requerente de asilo possa permanecer no território na pendência de uma decisão final. Será deste modo essencial que se um requerente contestar uma decisão de transferência para outro país com base num risco de violação do artigo 3.º (ou aliás de qualquer outro direito fundamental relevante, como abaixo desenvolverei), deve a decisão ser imediatamente suspensa sob pena de o Estado incorrer em

¹⁰⁸ MOLE e Meredith, *Asylum and the European Convention on Human Rights* (...), págs. 103 ss.

¹⁰⁹ TEDH, *Hirsi Jamaa e outros contra Itália*, 23 de fevereiro de 2012, queixa n.º 27765/09.

responsabilidade internacional. Se a mera instauração de uma ação não tiver por si só carácter suspensivo automático, deve ao requerente ser garantida pelo menos a possibilidade de apresentar uma petição cautelar com efeito suspensivo sobre a decisão de transferência. Foi precisamente este o sentido da pronúncia do TEDH em *Conka contra Bélgica*¹¹⁰ ao rejeitar argumentos relacionados com o potencial risco de abuso processual e de sobrecarga judicial, impondo a imediata suspensão de uma ordem de expulsão até ser conferida a sua conformidade com os padrões da Convenção¹¹¹.

§ 3. *Carácter oficioso da análise do risco de sujeição a tratamentos desumanos ou degradantes*

Há igualmente lugar a responsabilidade do Estado sempre que este tenha conhecimento, ou não pudesse desconhecer, fatores que levistem um risco real de grave violação dos direitos fundamentais no Estado de acolhimento e mesmo assim tomar uma decisão de transferir o requerente. Não será aqui necessário impor que o requerente invoque judicialmente a suspensão da transferência, uma vez que já será obrigação do próprio Estado conhecer os motivos que a impedem. É nomeadamente o caso que atualmente se aplica às transferências para a Grécia, que foram reiteradamente proibidas tanto pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem como pelo Tribunal de Justiça da União Europeia. Podemos assim concluir que a análise do risco terá necessariamente carácter oficioso, sempre que da transferência possa resultar a condenação do Estado por incumprimento da CDFUE ou da CEDH quando sabia e podia evitar as violações a que um requerente estaria sujeito após transferência para um Estado intermediário no sistema de Dublin.

Do mesmo modo que os Estados-Membros são responsáveis pela margem de discricionariedade que lhes cabe, o ónus de prova da inexistência de circunstâncias que impedem uma transferência recairá também sobre o Estado. Tendo em consideração as provas apresentadas pelo requerente, são as próprias autoridades competentes para a análise de um pedido de asilo que devem verificar o risco que o requerente enfrentaria no país de

¹¹⁰ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Conka contra Bélgica*, 5 de fevereiro de 2002, queixa n.º 51564/99.

¹¹¹ Aqui subscrevo a posição defendida em PEERS, Steve, *EU Justice and Home Affairs Law*, 3.^a edição, Oxford: Oxford University Press, 2010, pág. 320. A interpretação foi inicialmente construída em *Jabari contra Turquia*, com uma posterior condenação da Bélgica por violação do artigo 13.º por ter negado efeito suspensivo a uma decisão de expulsão coletiva em *Conka contra Bélgica*. Esta posição, tomada num âmbito de uma expulsão coletiva, foi explicitamente estendida a casos em que será o artigo 3.º a norma aplicável perante o reenvio de um requerente para um país onde exista risco de sujeição a tortura ou a penas e tratamentos desumanos ou degradantes no caso *Gebremedhin contra França*.

origem. É neste sentido que no caso *N.A. contra Reino Unido*¹¹² o TEDH sublinha que perante a ausência de garantias de respeito pelos direitos fundamentais e tendo em consideração as provas apresentadas pelo requerente de asilo, as autoridades devem elas próprias verificar o risco que o requerente enfrentaria no país de origem, de acordo com os artigos 2.º e 3.º da CEDH. A existência de um risco geral é suficiente para desencadear a proteção ao abrigo do artigo 3.º, sem que o requerente deva provar que está individualmente excluído desse risco.

§ 4. Especificidades na avaliação do risco em relação a pessoas especialmente vulneráveis

Temos por assente que o grau de severidade necessário ao risco de violação é relativo e depende inclusivamente de elementos relacionados com o perfil da potencial vítima¹¹³. Temos também consolidado o reconhecimento de que os requerentes de proteção internacional constituem, enquanto tal, um grupo com particulares vulnerabilidades especialmente associada à ausência de proteção por parte do país da sua nacionalidade ou do país de residência habitual. Mas a esta vulnerabilidade podem ainda acrescer outras que consequentemente impõem uma análise do risco individualizada, conforme os padrões exigidos em *Tarakhel*. Os Estados têm uma responsabilidade acrescida de não reenviar ou transferir para um país pessoas especialmente vulneráveis que possam correr perigos específicos. Sabemos que a proibição de pena ou tratamentos desumanos e degradantes é considerada absoluta, pelo que o exame deverá ser sempre do maior rigor¹¹⁴ e amplitude, incidindo tanto sobre a análise das condições naquele que será o país de acolhimento do requerente¹¹⁵, como em outros atos que possam estar envolvidos no processo de transferência. Teremos assim situações em que o requerente seria transferido para um país seguro, mas o risco de violação do artigo 3.º advém, por exemplo, de uma condição médica que não permite a mobilidade da pessoa sem pôr em causa a sua integridade física.

Têm sido frequentes os pedidos de suspensão de transferências por razões de saúde, mas tendencialmente a jurisprudência do TEDH apenas aceita a suspensão da transferência por motivos médicos em situações humanitárias imperiosas, que ocorrem muito

¹¹² Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *N.A. contra Reino Unido*, 17 de julho de 2008, queixa n.º 25904/07.

¹¹³ A questão foi acima desenvolvida em conexão com o âmbito de proteção de tortura e de penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, secção IV.3.

¹¹⁴ TEDH, *Vilvarajah e Outros contra Reino Unido*, parág. 108.

¹¹⁵ TEDH, *N.A. contra Reino Unido*, parág. 110.

excecionalmente. Uma pessoa contra quem foi emitida uma ordem de expulsão ou de transferência não poderá, à partida, reclamar um direito a permanecer no território para poder usufruir de assistência médica ou social, nomeadamente com o fundamento de que existem restrições à prestação de serviços médicos para uma determinada doença no país de acolhimento. Nem mesmo a estimativa de que a transferência conduzirá a uma considerável redução da esperança média de vida do requerente é suficiente para constituir uma violação do artigo 3.^o¹¹⁶. O limiar de exigibilidade foi definido na decisão *D. contra Reino Unido*¹¹⁷, em que a transferência foi suspensa porque o requerente se encontrava num estado crítico de morte eminente, não dispunha de familiares dispostos a providenciar os cuidados básicos e sociais necessários e não havia um sistema de cuidados médicos no seu país de origem capaz de o assistir. Na muito recente decisão *A.S. contra Suíça*, o TEDH pronunciou-se a propósito de um requerente de asilo que se encontrava na Suíça, na eminência de ser transferido para Itália¹¹⁸. O requerente alegou que a sua condição de saúde, associada a problemas de coluna e a um distúrbio de stress pós-traumático para os quais se encontrava medicado, seria consideravelmente agravada com a sua transferência para Itália. Um dos principais argumentos residia no afastamento das suas irmãs, com quem mantinha laços familiares muito próximos e de quem dependia para manter a sua estabilidade psicológica, conforme demonstrado por relatório médico. O Tribunal considerou que a transferência de A.S. para Itália não acarretaria uma violação do artigo 3.^o da Convenção, nem do artigo 8.^o. Ainda que reconhecendo que possam existir outras circunstâncias excecionais que justifiquem a suspensão por motivos humanitários, além das que serviram de fundamento em *D. contra Reino Unido*, considerou que na situação em concreto o nível de severidade exigido não estava preenchido.

Embora admita um grau necessário de flexibilidade, o TEDH tem-se mantido coeso na afirmação de que o artigo 3.^o não impõe sobre os Estados uma obrigação de aliviar as disparidades existentes entre países na prestação de cuidados de saúde, nem de responder pela diversidade de direitos de acesso à saúde por estrangeiros entre jurisdições¹¹⁹. Fundando-se na génese da Convenção, que visa essencialmente consagrar direitos civis e políticos, tem

¹¹⁶ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *N. contra Reino Unido*, 27 de maio de 2008, queixa n.º 26565/05, parágs. 42 a 44.

¹¹⁷ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *D. contra Reino Unido*, 2 de maio de 1997, queixa n.º 30240/96.

¹¹⁸ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *A.S. contra Suíça*, 30 de junho de 2015, queixa n.º 39350/13.

¹¹⁹ TEDH, *A.S. contra Suíça*, parág. 31.

passado para segundo plano a proteção dos direitos económicos, sociais e culturais. Não obstante, uma corrente dissidente dentro do TEDH tem acrescentado que a consideração de políticas económicas e sociais no país para onde o requerente será transferido são contrárias à natureza absoluta do direito consagrado no artigo 3.^o¹²⁰. Independentemente da fonte do risco advir de opções legislativas diferentes, se a transferência se consubstanciar num risco para a vida ou integridade física e psíquica da pessoa contrário ao artigo 3.^o esta expectativa de resultado deveria ser suficiente para a suspender.

Uma especial proteção é sempre dedicada aos menores enquanto grupo reconhecidamente vulnerável. Em matéria de asilo, encontramos um regime excecional principalmente para os menores não acompanhados, definido como crianças com idade inferior a 18 anos de idade que não se encontram na presença de um familiar ou outro adulto responsável. Aos menores não acompanhados é nomeadamente garantido uma análise do processo bastante mais célere, alojamento em condições especiais afastado de outros adultos, acesso a saúde e educação e acompanhamento social e jurídico por parte de peritos. Mas também em relação aos critérios de determinação do Estado-Membro responsável se justifica haver um favorecimento, derivado da imperiosa consideração do superior interesse da criança acima do interesse do Estado. O facto de um menor não acompanhado ser extremamente vulnerável por se enquadrar tanto na categoria de refugiado como de criança impõe que o acesso ao procedimento de asilo deva ser bastante mais facilitado. Encontrando-se o menor numa fase crítica do seu desenvolvimento em que o tempo de ação útil diminui substancialmente, em comparação com um adulto, o prazo que seria considerado aceitável para uma decisão sobre o estatuto de proteção internacional pode rapidamente tornar-se excessivamente longo, sob pena de resultar em danos irreparáveis para a criança¹²¹.

A posição mais clara nesta matéria foi tomada pelo Tribunal de Justiça em *MA contra Secretary of State for the Home Department*. O menor havia apresentado pedidos de asilo em múltiplos países e não tinha membros da família legalmente presentes no território de nenhum Estado-Membro. Nestas circunstâncias, a especial vulnerabilidade da criança acrescida do facto de não se encontrar acompanhada justifica o afastamento dos normais

¹²⁰ Esta posição é nomeadamente tomada pelos Juízes Tulkens, Bonello e Spielmann na opinião dissidente apresentada em TEDH, *N. contra Reino Unido*.

¹²¹ EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Separated, asylum-seeking children in European Union Member States*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011; e MCCALLIN, Margaret, “Refugee Children: the Need for an Integrated Approach towards their International Protection”, in Doek Jaap, Hans van Loon and Paul Vlaardingerbroek (Eds), *Children on the Move, How to Implement Their Right to Family Life*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

critérios de determinação do Estado-Membro responsável. Tomando por base o princípio do superior interesse da criança e interpretando o artigo 6.º do Regulamento de Dublin no sentido mais favorável ao bem-estar do menor, remeto para as palavras do Tribunal:

“[...] constituindo os menores não acompanhados uma categoria de pessoas especialmente vulneráveis, não se deve prolongar mais do que o estritamente necessário o procedimento de determinação do Estado-Membro responsável, o que implica que, em princípio, não sejam transferidos para outro Estado-Membro.”¹²²

Nesta e em semelhantes situações, será assim designado como responsável o Estado-Membro onde o menor se encontra e aí tiver apresentado um pedido de asilo¹²³.

IV. 5. REENQUADRAMENTO DO CONCEITO DE “FALHAS SISTÉMICAS” NA AVALIAÇÃO DO RISCO INDIVIDUAL E AS CONSEQUÊNCIAS DA OBRIGAÇÃO DE NÃO TRANSFERÊNCIA

Das decisões jurisprudenciais acima desenvolvidas, podemos concluir uma clara construção gradual dos diversos elementos que constituem hoje a proteção do requerente de asilo contra transferências dentro do sistema de Dublin que levarem um risco sério de sujeição a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. Encontra-se claramente consolidada a obrigação de não transferência quando seja de prever um risco real de sujeição a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, à qual está associada a refutabilidade da presunção de que outro Estado-Membro respeita os direitos fundamentais previstos na CDFUE ou da CEDH. Recai sobre as autoridades nacionais competentes uma obrigação de escrutínio sempre que seja alegado o desrespeito pelos direitos fundamentais no Estado para onde o requerente será transferido, ou sempre que não pudessem desconhecer os factos que determinam uma manifesta violação do artigo 4.º da CDFUE no país de destino. Na análise das circunstâncias que possam determinar este risco, são particularmente importantes as necessidades específicas e especiais vulnerabilidades do requerente, pois não basta que as autoridades do país de acolhimento garantam que o requerente será instalado numa das suas instalações. O critério da existência de falhas sistémicas não é exclusivo da responsabilidade do Estado-Membro que transfira um requerente para outro Estado, quando conhecia o estava

¹²² Tribunal de Justiça da União Europeia, *MA contra Secretary of State for the Home Department*, 6 de junho de 2013, processo n.º C-648/11, parág. 55.

¹²³ TJUE, *MA contra Secretary of State for the Home Department*, parág. 66.

obrigado a conhecer o risco de violação a que a pessoa estava sujeita. Em *Tarakhel* o TEDH deixou claro que sem informação detalhada e confiável quanto à instalação em concreto, as suas condições de acolhimento físicas e a preservação de outros valores, nomeadamente o princípio da unidade familiar, não se encontram reunidas garantias suficientes de um tratamento adequado, consequentemente levando a uma violação do artigo 3.^o¹²⁴.

Perante a existência de falhas sistémicas no procedimento de asilo e nas condições de acolhimento dos requerentes nesse Estado-Membro, que impliquem um risco de sujeição a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes, o Estado fica impedido de proceder à transferência do requerente para esse país, contudo não está obrigado a analisar ele próprio o pedido de asilo. Podendo existir um outro Estado com o qual o requerente tenha uma ligação mais próxima segundo a ordem de critérios previstos no Regulamento de Dublin III, não será necessariamente o Estado-Membro que reanalisa os critérios o responsável pela análise do pedido de asilo, ainda que possa sempre exercer a cláusula de soberania para decidir analisá-lo. Esta prerrogativa terá ainda maior relevância quando seja previsível que o processo de reanálise dos critérios e nova transferência do requerente para outro Estado se prolongue de tal modo que ponha em risco uma resposta em tempo útil ao pedido de asilo. A necessidade de proteção imediata pode sobrepor-se aos valores subjacentes à determinação do Estado-Membro responsável, em particular face a requerentes de asilo que se encontram numa situação especialmente vulnerável, pelo que o Estado deve ter sempre em consideração os danos que podem resultar de um prolongamento na análise do pedido caso decida ser outro o Estado-Membro responsável¹²⁵. Uma demorada análise do pedido pode prorrogar uma situação de violação de direitos fundamentais, cabendo aqui analisar quando poderá esta circunstância ser relevante para determinar o afastamento dos critérios estabelecidos no Regulamento de Dublin III e a obrigação de ser o próprio Estado a analisar o pedido.

¹²⁴ *Tarakhel contra Suíça*, parágs. 121-122.

¹²⁵ TJUE, *Bundesrepublik Deutschland contra Kaveh Puid*, 14 de novembro de 2013, processo n.º C-4/11.

V. CAMINHO PARA UMA PROTEÇÃO INTEGRADA DOS REQUERENTES DE PROTEÇÃO INTERNACIONAL NA UNIÃO EUROPEIA

V. 1. A INCONGRUÊNCIA GENÉTICA DO SISTEMA DE DUBLIN

Desde cedo que o primeiro instrumento relacionado com a determinação do Estado-Membro responsável foi criticado pela sociedade civil, e particularmente por ONG preocupadas com o desrespeito do direito a asilo em detrimento dos objetivos da União Europeia. O Regulamento seguramente dissuade a apresentação de pedidos em vários Estados-Membros enquanto garante que pelo menos um é responsável pela sua análise, mas resulta em algumas lacunas intrínsecas à sua lógica de distribuição dos requerentes. O critério territorial que atribui responsabilidade ao primeiro Estado por onde o requerente entrou sempre foi considerado injusto para os países cujas fronteiras externas têm algumas das principais vias migratórias especialmente originárias do norte de África, refletindo uma distribuição desigual de encargos com recursos tanto financeiros como humanos¹²⁶ e provando que a solidariedade em matéria de asilo na União Europeia carece ainda de largos passos para se poder considerar minimamente alcançada. Em segundo lugar, assenta sobre a presunção de que todos os Estados-Membros analisam os pedidos de asilo de forma justa e em conformidade com os padrões da União, através do princípio da confiança mútua, facilmente conduzindo a camufladas violações de direitos humanos pelas quais a própria União não assume responsabilidade.

Outro forte criticismo defende, e bem, que a aplicação do conceito de “país terceiro seguro” permitindo a expulsão de requerentes de asilo para fora da União não cumpre um dos objetivos primários do sistema de Dublin, que é a garantia de que todo o pedido de asilo instaurado na União será devidamente analisado¹²⁷. Uma análise processual que se foca apenas no percurso de viagem relatado pelo requerente, que não avalia o mérito da pretensão de proteção internacional, não pode ser considerada adequada ao cumprimento deste objetivo. Mais uma vez reitero que a Convenção de Genebra não impõe sobre os potenciais beneficiários de proteção qualquer dever de procurar asilo no primeiro país seguro por onde transitarem, antes impõe às Partes contratantes um dever de conceder proteção sempre que se

¹²⁶ A *Agenda Europeia da Migração* destaca que em 2014 apenas cinco Estados-Membros processaram 72% de todos os pedidos de asilo apresentados na União Europeia.

¹²⁷ European Council on Refugees and Exiles, *Position on the Implementation of the Dublin Convention, in the Light of Lessons Learned from the Implementation of the Schengen Convention*, 1 de dezembro de 1997, disponível em <http://www.refworld.org/docid/3df4d74f4.html> (consultado a 10.05.2015).

encontrem reunidos os requisitos de atribuição de um estatuto de refugiado ou, se for o caso, de proteção subsidiária ou temporária. Qualquer atuação contrária, incluindo a baseada no conceito de país terceiro seguro, incorre num risco de criar *refoulement* em cadeia e potenciar a existência de “refugiados em órbita”¹²⁸ vítimas de sucessivas violações de direitos fundamentais, que não são em última análise imputáveis a nenhum Estado em específico mas fruto de um contínuo fenómeno de desresponsabilização.

É certo que no contexto do ELSJ o conceito de país terceiro seguro encontra-se intrinsecamente ligado ao princípio da confiança mútua, onde se pressupõe que o sistema de Dublin assenta. Os Estados-Membros presumem que os demais respeitam o corpo de direitos fundamentais a que se encontram vinculados, pois de outro modo não seria possível construir um conjunto de critérios de determinação do Estado responsável pela análise de um pedido de proteção internacional, que permite transferir para outro Estado um requerente sem haver à partir qualquer análise que assegure tratar-se de um país seguro. Mas o Regulamento de Dublin é direito derivado da União, pelo que deve antes de mais garantir que respeita plenamente os três textos fundamentais a que se encontra adstrito – o Tratado da União Europeia, o Tratado de Funcionamento e a Carta. Ao analisarmos este trio encontramos desde logo a essência da União quando pugna pelo respeito da “dignidade humana, da liberdade, da democracia, da igualdade, do Estado de direito e do respeito pelos direitos do Homem, incluindo os direitos das pessoas pertencentes a minorias”¹²⁹. À própria Carta é atribuído um valor jurídico semelhante ao dos Tratados, comprovando a preocupação da União de aprofundar um espaço comum que “coloca o ser humano no cerne da sua ação”¹³⁰. Balançando portanto o princípio da confiança mútua com a garantia de respeito pelos direitos fundamentais, a segunda toma seguramente uma posição prevalecente que deve orientar todas as opções legislativas no âmbito da União. No sistema de Dublin tal como o conhecemos hoje é incomportável obrigar os Estados a avaliar todo o quadro normativo e práticas efetivas do país de destino conforme se exige quando se trata de um país terceiro, pois conduziria a uma carga processual excessivamente morosa que acabaria comprometendo os próprios direitos fundamentais que se pretende proteger. Além do mais, estaríamos a impor sobre os Estados-Membros uma função de fiscalização sobre os outros Estados prejudicial à indispensável coesão da União e muito facilmente atentatória da soberania dos Estados, colocando em risco as relações diplomáticas que unem a UE e garantem o seu futuro. Ainda assim, a garantia de

¹²⁸ ECRE, *Report on the Application of the Dublin II Regulation in Europe (...)*, pág. 9.

¹²⁹ Artigo 2.º do TUE.

¹³⁰ Segundo considerando do preâmbulo da CDFUE.

respeito pelos direitos fundamentais impõe que lhe seja dado pelo menos um lugar mais destacado no Regulamento de Dublin. O mecanismo de salvaguarda introduzido no artigo 3.º n.º 2 é um exemplo do caminho a seguir mas carece de desenvolvimento para incluir a proteção contra a violação de outros direitos fundamentais e sempre que constitua um risco real para o indivíduo, independentemente de resultar ou não de falhas sistémicas.

Outra possibilidade seria a instituição de um mecanismo de supervisão integrado na União mas externo aos Estados-Membros. Não sendo necessariamente uma entidade jurisdicional, deveria ter todavia a competência de prosseguir avaliações contínuas do sistema e procedimentos de asilo em cada Estado-Membro, centralizar a informação e ter a capacidade de dar uma resposta diária. O recém-criado EASO tem a estrutura adequada para assumir esta responsabilidade a nível europeu, porém necessitaria de um considerável reforço de recursos humanos, técnicos e financeiros para completar uma função desta dimensão. O inicial investimento requerido aos Estados seria todavia compensado pela progressiva diminuição da carga hoje imposta aos Estados-Membros por serem eles próprios responsáveis por avaliar o país de destino dos requerentes que pretendem transferir.

Escudados num princípio de solidariedade que não é em prática efetivado, os atuais critérios de determinação do Estado-Membro responsável têm-se sistematicamente mostrado incapazes de dar uma resposta justa e plena aos fluxos de refugiados que pressionam as fronteiras externas do Sul e Este da União. O princípio de solidariedade sublinhado no artigo 80.º do TFUE e o princípio da cooperação leal, artigo 78.º, não se consubstanciam na prática e, apesar das alterações que têm sido feitas no sentido de otimizar o funcionamento do sistema, este carece todavia de uma reflexão sobre os pilares em que assenta e de uma eventual mudança integrada, conforme com o quadro de direitos fundamentais na União e tendo-o como ponto de partida. Por outro lado, enfrentamos sem dúvida um momento em que o próprio sistema deve ser repensado, mas enquanto subsistir ao longo de toda a União uma “lotaria de proteção”¹³¹, com diferenças substanciais nos procedimentos de análise de pedidos, taxas de atribuição do estatuto, condições de acolhimento e integração, e a ausência de reconhecimento em todo o território europeu do estatuto de proteção internacional conferido por qualquer Estado-Membro, nenhum sistema, seja mais um derivado de Dublin ou com uma estrutura totalmente inovadora, será bem sucedido. Devemos caminhar para a construção de uma responsabilidade europeia conjunta, justa e eficaz na proteção dos requerentes de asilo.

¹³¹ ECRE, *Report on the Application of the Dublin II Regulation in Europe (...)*, pág. 4.

V. 2. HAVERÁ ESPAÇO PARA OUTROS DIREITOS FUNDAMENTAIS?

§1. A crescente abertura dos tribunais europeus

Até hoje, o TEDH tem assumido a prática de reconduzir as violações graves de direitos da Convenção à proibição de tratamento desumano prevista no artigo 3.º, mas especialmente por parte do Luxemburgo a extensa CDFUE poderá permitir a adoção de novos caminhos no sentido de uma maior proteção dos requerentes de asilo. Ainda que a aprovação da Carta e a atribuição pelo Tratado de Lisboa de um valor jurídico semelhante ao dos Tratados permitam uma mais alargada proteção, a sua plena consagração depende sempre da atuação do Tribunal de Justiça. A este, como guardião dos tratados e da carta, compete o desenvolvimento jurisprudencial e efetivação dos direitos dos requerentes de proteção internacional. O que irei analisar nesta secção será portanto a abertura que os tribunais europeus, e em particular o TJUE, têm demonstrado para a consideração futura de normas além da proibição de tratamentos desumanos ou degradantes como fundamento de decisões de suspensão de reenvio ou de transferência para outro país.

Partimos desde logo do esclarecimento pelo Tribunal de Justiça de que para a suspensão de uma transferência não basta qualquer violação dos direitos fundamentais ou das disposições das diretivas – em particular a Diretiva Qualificação e a Diretiva Condições de Acolhimento. Se ao mínimo risco de violação de um dispositivo o Estado fosse obrigado a suspender a transferência, estaríamos a impor um respeito pleno e absoluto de todos os direitos fundamentais por todos os Estados-Membros. Além de utópica, a aplicabilidade prática desta interpretação seria incomportável para a manutenção do sistema. Nas palavras do Tribunal, estaríamos a acrescentar um novo critério excludente para efeitos de determinação do Estado-Membro responsável, segundo o qual perante a mais pequena violação de direitos fundamentais poderíamos esvaziar o conteúdo das obrigações do Estado que deveria ser objetivamente responsável à luz do Regulamento de Dublin. Estaria igualmente comprometido o princípio de celeridade e análise do processo em tempo útil, pois seria requerida uma análise demasiado demorada do cumprimento das obrigações internacionais pelo país de acolhimento¹³².

Não obstante, encontramos já algumas referências na jurisprudência do Tribunal de Justiça a outros artigos da Carta que se mostram relevantes no âmbito das transferências Dublin. O Tribunal expressamente determina não excluir a possibilidade de um risco de

¹³² TJUE, *N.S. e M.E.*, parág. 85.

violação flagrante do direito a um processo equitativo, ao abrigo do artigo 6.º, ser relevante para efeitos de responsabilidade sobre uma decisão de extradição. Foi assim que no julgamento *Soering* assumiu que uma pessoa não poderia ser expulsa para um país onde viesse a enfrentar uma violação grave do direito a um processo equitativo¹³³. Na verdade, o efeito *Soering* é suscetível de ser estendido a qualquer norma da CEDH, como já foi aliás defendido pela UK House of Lords¹³⁴, e o TEDH não descarta a consideração de outros direitos fundamentais no âmbito de processos de extradição, sendo de esperar que venha no futuro a consolidar uma aplicação análoga a transferências dentro do sistema de Dublin.

Tivemos já a oportunidade de nos debruçar sobre o caso *MA contra Secretary of State for the Home Department*, em que no âmbito de um processo relativo a um menor não acompanhado, o Tribunal de Justiça se afastou claramente da linha de interpretação segundo a qual uma decisão de transferência para outro Estado apenas pode ser contestada quando nele existam falhas sistémicas que conduzam a um risco real de violação do artigo 4.º da CDFUE, para encontrar o cerne da decisão no princípio do superior interesse da criança. Vimos também como a especial vulnerabilidade de um requerente de asilo poderá influir numa obrigação de não transferir um requerente para outro país, ainda que obedeça a um padrão de severidade bastante elevado e não implique um direito a cuidados médicos equivalentes aos do país em que se encontra¹³⁵. Por considerar existir um risco de imposição de pena de morte num julgamento não equitativo na Síria, o Tribunal decidiu pela suspensão da extradição de um cidadão para evitar a violação do direito à vida¹³⁶. Na jurisprudência sobre transferência e extradição de requerentes de asilo encontramos ainda considerações à proibição de escravatura e trabalho forçado¹³⁷, ao direito à liberdade e à segurança¹³⁸, ao direito a um processo equitativo¹³⁹, ao princípio da legalidade¹⁴⁰ e à liberdade de pensamento, de

¹³³ *Soering contra Reino Unido*, parág. 113.

¹³⁴ *R v. Special Adjudicator ex parte Ullah and Do*, 17 de junho de 2004, julgamento (2004) UKHL 26.

¹³⁵ Esta questão e o princípio do superior interesse da criança são abordados acima no ponto IV.1.g).

¹³⁶ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Bader e Kanbor contra Suécia*, 8 de novembro de 2005, queixa n.º 13284/04.

¹³⁷ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Ould Barar contra Suécia*, caso n.º 42367/98, de 19 de janeiro de 1999.

¹³⁸ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Tomic contra Reino Unido*, caso n.º 17387/03, de 14 de outubro de 2003.

¹³⁹ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Soering contra Reino Unido*, 7 de julho de 1989.

¹⁴⁰ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Gabbari Moreno contra Espanha*, caso n.º 4143/02, 16 de novembro de 2004.

consciência e de religião¹⁴¹.

De modo a assegurar o pleno respeito pelas obrigações dos Estados-Membros assumidas no contexto do sistema internacional de proteção dos direitos fundamentais, explanado acima no ponto IV. 1. B), os tribunais terão necessariamente de dar continuidade a esta linha jurisprudencial. A obrigação de não transferência deverá ser alargada a todo o quadro de proteção dos direitos fundamentais, ainda que devam ser estabelecidos critérios que permitam identificar a potencial gravidade da violação necessária para ativar esta salvaguarda.

Neste sentido, o texto do novo Regulamento de Dublin III é infelizmente insuficiente para cobrir uma obrigação de não transferência alargada. Não obstante, e tal como aconteceu quando o TJUE e o TEDH se basearam no antigo artigo 3.º n.º 2 para reduzir a zero a margem de discricionariedade dos Estados, obrigando-os a usar a cláusula de soberania para proteger um requerente de um risco real de sujeição a tratamentos desumanos ou degradantes, a mesma metodologia poderá ser seguida perante um risco de violação de outras normas fundamentais.

Para a análise das situações em que aos Estados se imporá uma obrigação de não transferência, importa considerar três ordens de critérios: as fontes dos direitos fundamentais consagrados, que já analisámos acima no âmbito das obrigações internacionais a que os Estados estão vinculados¹⁴², o tipo de direitos relevantes e a gravidade da potencial violação.

§ 2. A indivisibilidade dos direitos fundamentais. Restrições de direitos.

Tendo afastado a posição que resume a suspensão de transferência à existência de falhas sistémicas no país responsável pela análise do pedido, importa identificar quais os direitos e gravidade de violação exigidos para legitimar o afastamento dos critérios do Regulamento de Dublin. Pretendo deste já afastar qualquer conceção que conduza à divisão dos direitos fundamentais em categorias para lhes atribuir diferentes hierarquias ou importância. A identificação de gerações de direitos humanos surgiu num contexto histórico-social muito próprio, em que as hegemonias mundiais se refletiam em duas ordens de opções políticas substancialmente diferentes entre si¹⁴³. Demarcaram-se desde cedo os direitos civis e

¹⁴¹ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Z e T contra Reino Unido*, caso n.º 27034/05, 28 de fevereiro de 2006.

¹⁴² Secção IV. 2.

¹⁴³ A Declaração Universal dos Direitos do Homem lançou em 1948 um desafio de união para a humanidade, mas demorou dezoito anos a concretizar-se numa convenção internacional. Na verdade,

políticos dos direitos económicos, sociais e culturais. Pelo menos na perspetiva ocidental e europeia, aos primeiros tende a ser dada primazia e maior eficácia, principalmente sob o argumento de que os direitos económicos, sociais e culturais impõem obrigações positivas por parte dos Estados que envolvem custos financeiros nem sempre suportáveis e que os direitos civis e políticos correspondem essencialmente a liberdades que os Estados têm apenas a obrigação de respeitar e proteger. Reflexo desta opção é que o conteúdo da CEDH é marcado por um corpo de direitos principalmente pertencentes à primeira geração, tendo a segunda geração sido consagrada na Carta Social Europeia que não se encontra sob a supervisão do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. Mas a indivisibilidade e interdependência dos direitos humanos foi desde cedo enaltecida na DUDH e a hierarquia entre gerações está claramente ultrapassada. Admito a necessidade de adotar abordagens diferentes a cada categoria de direitos, mas nem a defesa de uma hierarquização nem razões de ordem económica podem resultar numa proteção inferior de qualquer direito fundamental, tal como não poderão ser justificação para optar por um direito em detrimento do outro quando estes conflituem. Apesar de reconhecer que a CEDH foi influenciada pelo momento político em que foi aprovada, considero assim infeliz quando em 2015 o TEDH afirma que “embora muitos dos direitos que contém tenham implicações de natureza económica ou social, a Convenção é essencialmente direcionada à proteção de direitos civis e políticos”¹⁴⁴. Demonstra muito pouca flexibilidade a uma abordagem holística dos direitos fundamentais, afastando quase perentoriamente a saúde como uma parte essencial do direito ao asilo e da dignidade da pessoa humana. Ora a Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia é, desde a DUDH, o primeiro instrumento supranacional a consagrar as três gerações de direitos humanos num só documento. Assegura a indivisibilidade de todos os direitos e garante semelhantes mecanismos de responsabilização, supervisão e proteção. Esta é, mais uma vez, uma oportunidade de a União Europeia e do Tribunal de Justiça avançarem na proteção integrada de todos os direitos dos requerentes de proteção internacional, cabendo-lhes uma responsabilidade acrescida por partirem de uma base normativa desde logo muito abrangente.

Ainda que as categorias de direitos fundamentais não devam relevar, há outras distinções que importa ter em conta. Realcei acima o carácter absoluto do artigo 3.º da CEDH, que pautou uma clara proteção mais acentuada dos requerentes sempre que haveria

foi necessário dividi-la em dois instrumentos para conseguir se chegar a acordo diplomático entre o bloco Soviético e os Estados Unidos da América e seus aliados, o Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos e o Pacto Internacional dos Direitos Económicos, Sociais e Culturais.

¹⁴⁴ TEDH, *A.S. contra Suíça*, parág. 31.

um risco de serem vítimas no país de destino de penas ou tratamentos desumanos ou degradantes. Por analogia, a obrigação de não transferir o requerente aplicar-se-á sempre que exista um risco real de violação de um direito absoluto, caracterizado pelo facto de não poder em circunstância alguma ser suspenso nem restringido. À luz dos instrumentos europeus, são igualmente absolutos o princípio *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege poenali* (direito a não ser condenado por lei penal posterior e a que não lhe seja imposta pena mais grave do que a aplicável no momento da prática do crime, consagrado no artigo 49.º, n.º 1 da CDFUE e artigo 7.º da CEDH) e a proibição de escravatura e do trabalho forçado (artigo 4.º da CEDH e 5.º da CDFUE)¹⁴⁵. Se mesmo em estado de emergência os direitos absolutos devem ser plenamente respeitados, por maioria de razão devê-lo-ão ser num sistema de asilo com falhas sistémicas. Ademais, mesmo que o sistema de asilo funcione de forma irregular ou até normal, também não poderemos considerar admissível que o Estado onde o requerente se encontra o transfira para outro onde tenha sido provado um real risco de serem violados esses direitos absolutos em relação ao requerente no caso concreto, quando estava em posição de o impedir por via do exercício de uma cláusula de soberania.

Os direitos relativos, em contrapartida, podem ser restringidos desde que cumpridos quatro requisitos essenciais: respeito pelo princípio da legalidade, pelo princípio da proporcionalidade, justificação da restrição e garantia de manutenção do núcleo essencial do direito. O princípio da legalidade impõe que a possibilidade de restrição esteja anteriormente prevista na lei. Na Convenção Europeia dos Direitos do Homem esta previsão legal surge tendencialmente no n.º 2 de cada artigo, determinando desde logo os termos e condições em que a restrição poderá ser exercida. Noutros instrumentos o princípio da legalidade é assegurado com uma única cláusula geral que sublinha as condições gerais para o exercício da restrição, como consta no n.º 1 do artigo 52.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União. Também segue este modelo o artigo 18.º n.º 2 da Constituição da República Portuguesa e a maioria dos restantes diplomas constitucionais. Analisando o segundo critério referido, a restrição deve ter sempre como fundamentação a proteção dos direitos de terceiros que conflituem com os direitos a restringir, ou a prossecução do interesse público. Por sua vez, o princípio da proporcionalidade desdobra-se em três corolários, segundo os quais a restrição deve ser adequada, necessária e proporcional aos fins que pretende alcançar. Por fim, a restrição nunca poderá ser de tal modo que afete o núcleo essencial do direito

¹⁴⁵ GREER, Steven, *The Margin Of Appreciation: Interpretation And Discretion Under The European Convention On Human Rights*, Human rights files no. 17, Estrasburgo: Council of Europe Publishing, 2000, pág. 27.

fundamental, esvaziando-o ao ponto de lhe retirar a mínima eficácia e deixando a pessoa desprovida de proteção. O direito perderia assim a sua qualidade de *fundamental*. Para identificar este núcleo essencial recorreremos ao um dos princípios basilares dos direitos humanos, a dignidade da pessoa humana. Embora o conceito de dignidade seja também ele de difícil definição e relativizado por fatores culturais, quanto a pessoas forçosamente deslocadas encontramos diversos exemplos flagrantes de situações unanimemente consideradas indignas. Os relatos de requerentes de asilo junto do TEDH ou os relatórios apresentados por organizações internacionais e ONG demonstram uma clara diminuição ou total ausência de dignidade sobre as condições de acolhimento ou de detenção na Grécia. São ainda exemplos o recurso a violência desproporcional por parte das autoridades e a negação ou negligência grosseira de acesso a bens essenciais como água, alimentação e saúde para requerentes de asilo. O critério da humilhação da pessoa como limite à restrição de direitos fundamentais, reflexo da diminuição da sua dignidade ou da indução de um sentimento de inferioridade ou angústia, tem até sido invocado pelo TEDH para identificar condutas consideradas degradantes que se enquadram na tipificação do artigo 3.º da CEDH¹⁴⁶.

Aproximando-me da conclusão desta secção, a obrigação de não transferir um requerente de asilo para um país que seria responsável pela análise de um pedido à luz dos critérios de Dublin é necessariamente alargada, não se podendo limitar a violações do artigo 4.º da CDFUE ou 3.º da CEDH, nem ter apenas como fonte do risco a existência de falhas sistémicas no sistema de asilo do país de acolhimento. Decorre do quadro de proteção internacional de direitos humanos que a obrigação se impõe perante um risco real, sistémico ou individualizado, de violação de um direito fundamental absoluto ou restrição desadequada, desnecessária ou desproporcional de um direito fundamental relativo, especialmente quando atinja o núcleo essencial do direito. No momento anterior à transferência deve ter lugar uma análise completa da proteção dos direitos do requerente no país para onde será transferido¹⁴⁷. Identificado o risco, o Estado onde o requerente se encontra deverá procurar garantias suficientes e devidamente especificadas, adaptadas às necessidades e vulnerabilidade do requerente, que afastem o risco ou o minimizem a um ponto de restrição considerado adequado e necessário.

¹⁴⁶ TEDH, *M.S.S. contra Bélgica e Grécia*, parág. 220 e TEDH, *Kudla contra Polónia*, parág. 92.

¹⁴⁷ Esta posição já foi aliás defendida por Cathryn Costello e Minos Mouzourakis, em COSTELLO e Mouzourakis, “Reflections on reading Tarakhel (...)”, pág. 411.

V. 3. ALÉM DE *TARAKHEL*: LONGE DE UMA SINERGIA ENTRE TRIBUNAIS EUROPEUS

O sistema europeu comum de asilo consiste na pedra basilar e objetivo orientador das políticas de asilo da União, conforme destaca o artigo 78.º do TFUE, e a proteção internacional hoje conferida reflete a resposta integrada que o SECA visa alcançar. Encontramos um acervo coeso quanto a procedimentos de análise dos pedidos de proteção e requisitos mínimos de acolhimento e receção, desenvolvidos à luz das obrigações internacionais dos Estados e da União em matéria de proteção de direitos fundamentais. A Carta dos Direitos Fundamentais, a CEDH e a Convenção de Genebra são, entre outros, instrumentos indispensáveis à leitura interpretativa de qualquer norma em matéria de asilo, devendo o mesmo princípio aplicar-se à interpretação de decisões jurisprudenciais.

A fundamentação apresentada pelo TJUE quando referiu no caso *N.S. e M.E.* que somente perante deficiências sistémicas se constituiria uma obrigação de não transferência assume uma interpretação claramente restritiva da decisão tomada pelo TEDH em *M.S.S.* e não reflete de todo as obrigações internacionais que os Estados se comprometeram a respeitar. Na ausência de um elemento literal que indicasse que “só” havendo as ditas falhas sistémicas se suspenderia a transferência, o que seria desde logo contrário à plena dimensão absoluta do artigo 3.º da Convenção e 4.º da Carta, não tinha o tribunal necessidade de adotar esta posição restrita.

Independentemente do panorama global em determinado país, a apresentação de provas suficientes para demonstrar um risco real de qualquer violação de um direito fundamental deve sempre ter como resultado a suspensão automática de uma transferência, sob pena de o Estado que transfere o requerente incorrer em responsabilidade internacional e potencialmente afetar gravemente o requerente. Como bem sabemos, o princípio da igualdade perante a lei implica uma prévia diferenciação para atingir uma igualdade de resultado, onde se tratam igualmente os iguais e desigualmente os desiguais. Para garantir o respeito por este princípio, será crucial que cada caso seja analisado individualmente e caracterizado de acordo com as suas necessidades, pretensões e eventual reconhecimento de um estatuto de proteção internacional. É este mesmo princípio que tem por base a proibição de *push-back procedures*, em que um Estado expulsa grupos de pessoas que atravessaram ilegalmente a fronteira sem qualquer aferição das pretensões individuais de cada¹⁴⁸. Ora a transferência de um requerente,

¹⁴⁸ Amnesty International, *The Human Cost of Fortress Europe. Human rights violations against migrants and refugees at Europe's borders*, 2014, disponível em www.amnesty.org/en/library/info/EUR05/001/2014/en (consultado a 15.02.2015).

no âmbito do sistema de Dublin, que reclama vir a ser sujeito a tratamentos desumanos nesse mesmo país sem analisar a sua pretensão em nada difere, na perspetiva do indivíduo, das situações de *push-back procedures*.

Do mesmo modo podemos aplicar a fundamentação defendida pelo TEDH em *Sufi e Elmi contra Reino Unido*, transpondo-a de uma situação de expulsão para um país de origem para as transferências dentro do sistema de Dublin. Os factos do caso reportavam-se a dois cidadãos da Somália contra quem foi emitida uma ordem de expulsão para este país após terem sido condenados por ofensas penais e negados o estatuto de asilo:

“[...] the sole question for the Court to consider in an expulsion case is whether, in all the circumstances of the case before it, substantial grounds have been shown for believing that the person concerned, if returned, would face a real risk of being subjected to treatment contrary to Article 3 of the Convention [...], regardless of whether the risk emanates from a general situation of violence, a personal characteristic of the applicant, or a combination of the two.”¹⁴⁹

A mesma posição reiterando que o verdadeiro teste continua a ser o estabelecido pelo caso *Soering* veio a ser seguida pelo Tribunal Administrativo de Frankfurt e pelo Supremo Tribunal do Reino Unido¹⁵⁰.

Um Estado não pode ignorar a individualidade inerente ao próprio conceito de direitos humanos, pelo que a sua responsabilidade por violações é sempre aferida por referência ao integral leque de direitos fundamentais aplicável a cada uma das pessoas ao seu cuidado, não bastando a constatação do sistema no seu todo ter falhas. A análise de um pedido de proteção internacional é um processo individual e pessoal, não uma avaliação respeitante a um grupo de pessoas ou a uma situação generalizada. A aferição de deficiências no sistema e procedimentos de asilo em determinado país constitui uma análise generalizada, baseada em critérios objetivos que atendem a estatísticas, relatórios e legislação. Não pretendo descurar a importância desta análise, que é da maior relevância quando a conclusão seja da efetiva existência destas falhas, levando à suspensão absoluta de transferências para esse país. Porém, nunca poderá ser critério único para decidir sobre uma alegação deste risco, devendo antes constituir um elemento de análise contextual. Deve ser examinada a situação individual

¹⁴⁹ Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, *Sufi e Elmi contra Reino Unido*, 28 de junho de 2011, queixas n.º 8319/07 e 11449/07, parág. 218.

¹⁵⁰ TAYLOR, Amanda, *Tarakhel v. Switzerland: Where does the Dublin system stand now* (...).

do requerente de acordo com a sua inserção no cenário generalizado no país que o acolherá. Um Estado que adote uma interpretação diferente poderá incorrer em responsabilidade internacional, sempre que, no caso concreto, não pudesse desconhecer as consequências da transferência de uma determinada pessoa para um determinado país. Finalizo assim esta linha de pensamento com a afirmação, no meu entender evidente, de que a consideração de deficiências sistémicas no sistema ou procedimentos de asilo de um país que causem um risco de sujeição a penas ou tratamentos desumanos ou degradantes nos termos do artigo 4.º da CDFUE, ou 3.º da CEDH, como critério obrigatório para o deferimento de um pedido de não transferência é necessariamente contrário aos instrumentos internacionais de proteção dos direitos fundamentais, sob pena de pôr em causa o seu principal objetivo.

Efetivamente, *Tarakhel* deixou várias questões por responder e que abrem espaço para uma vasta jurisprudência sobre a matéria no futuro. Não é apenas a situações que impliquem o direito à unidade familiar que se deve aplicar *Tarakhel*, devendo ser considerada toda a categoria de requerentes de proteção internacional como grupo especialmente vulnerável. Por outro lado, a proteção não deve ser apenas conferida aos que tenham apresentado um pedido de asilo, sendo extensível a potenciais beneficiários de proteção subsidiária e temporária, conforme exigido pelo artigo 78.º do TFUE. Importa ainda repensar quais os direitos fundamentais que, estando em risco, poderão influir numa decisão de não transferência, uma questão que desenvolvi pormenorizadamente na secção anterior.

Relativamente à consolidação legislativa desta orientação, é de salientar que a interpretação do Regulamento de Dublin III deve ir além da letra do artigo 3.º n.º 2. A norma resulta claramente da jurisprudência do Tribunal de Justiça em *N.S. e M.E.*, que já vimos ser inadequada e carecer de desenvolvimentos futuros. Seguindo de perto o texto do artigo 3.º n.º 2, poderíamos identificar três requisitos para ser impossível transferir um requerente no quadro dos critérios de Dublin: (i) existirem “motivos válidos”, uma crença suficientemente fundamentada, que (ii) existem “falhas sistémicas no procedimento de asilo e nas condições de acolhimento dos requerentes nesse Estado-Membro”, (iii) que “impliquem o risco de tratamento desumano ou degradante na aceção do artigo 4.º”. Começo desde já por defender que estes requisitos não deverão ser cumulativos e nem sequer exaustivos, representando antes um ponto de partida para aferir a responsabilidade de um Estado-Membro em situações semelhantes. Quanto ao segundo requisito, revisitámos por diversas vezes a posição do TEDH em como a existência de falhas sistémicas não pode ser um critério exclusivo da responsabilidade do Estado onde o requerente se encontra. Remeto para a leitura da secção

anterior, em que procurei desconstruir o último requisito, abrindo a possibilidade de violações de outros direitos fundamentais integrarem a previsão da proibição de transferência. O texto do artigo 3.º n.º 2 no sentido de abranger estritamente as situações em que ocorra uma violação do artigo 4.º da CDFUE foi uma opção segura tomada pelo legislador, mas não reflete a evolução que a jurisprudência europeia tem assumido, além de não corresponder à verdadeira responsabilidade internacional dos Estados nesta matéria.

Ainda assim aplaudo a decisão tomada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem em *Tarakhel*, que abre todavia uma incógnita sobre a interação futura entre Luxemburgo e Estrasburgo. Apesar de os dois tribunais se terem vindo a aproximar crescentemente, há uma tensão implícita ao diálogo que se reflete num muito subtil envolvimento entre ambos, uma relação próxima mas sem compromisso em que mesmo as referências jurisprudenciais à outra parte tendem a ser bastante levianas¹⁵¹. Podemos muitas vezes usufruir desta interação observando que os tribunais tendem a completar-se um ao outro, mas há situações em que o ponto de discórdia é igualmente notório. Neste momento, a posição afirmada pelo TEDH é claramente divergente e incompatível com a posição do Tribunal de Justiça em *N.S. e M.E.*. Vista e defendida a não conformidade desta última decisão com o quadro de proteção de direitos fundamentais da União Europeia, caberá ao Tribunal de Justiça corrigir a sua linha jurisprudencial na próxima oportunidade afirmando que a obrigação de não transferir um requerente de proteção internacional não depende da existência de falhas sistémicas no país de destino. Encontram-se aliás reunidas as condições para que o direito da União se desenvolva muito além da CEDH, considerado o tão abrangente leque de direitos fundamentais consagrados na Carta. Aos tribunais nacionais, os Estados-Membros e o TJUE cabe dar um passo mais à frente do que Estrasburgo e estender a obrigação de não transferência a outros direitos, assim como garantir o pleno cumprimento do direito ao asilo do artigo 18.º.

A vontade de que a União aderisse à CEDH data de 1974, quando a França foi o último Estado-Membro a aderir à CEDH e o Tribunal Constitucional Alemão elaborou uma forte crítica à insuficiente proteção de direitos fundamentais na CEE no caso *Solange I*, mas a necessidade de preparar o quadro normativo da União para esta adesão prolongou o processo

¹⁵¹ DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh, “A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis”, in *Common Market Law Review*, vol. 43(3), 2006, pp. 629-665.

por várias décadas¹⁵². Conforme exigido pelo Tribunal de Justiça, os Tratados foram alterados para providenciar uma base jurídica à adesão, e o Tratado de Lisboa é hoje bastante explícito ao determinar que a União adere à CEDH. Após as negociações entre a Comissão e o Conselho da Europa terem chegado a um consenso quanto ao texto do acordo de adesão, este foi submetido ao Tribunal de Justiça para emissão de um parecer sobre a conformidade com o direito da União, nos termos do artigo 218.º n.º 11 do TFUE. Os obstáculos salientados pelo Tribunal e a densa lista de alterações que deveriam ser feitas demonstram que a adesão da União à CEDH mantém-se, afinal, um ideal longínquo de concretização. Saliento aqui alguns dos principais pontos do Parecer 2/13¹⁵³ que terão impacto no tema desta dissertação e que nos poderão elucidar sobre o expectável futuro na proteção dos requerentes de proteção internacional. Na relação entre o artigo 53.º da CEDH e o artigo 53.º da CDFUE, o Tribunal vê um conflito a que responde dando prevalência à primazia, unidade e efetividade do direito da União sobre a proteção dos direitos fundamentais conforme consagrado na CEDH. Dispõe implicitamente que a Convenção teria de recuar perante o nível de proteção interno da União¹⁵⁴, ignorando por completo o n.º 3 do artigo 52.º da CDFUE que impõe a aplicação do mais elevado nível de proteção sempre que os direitos sejam correspondentes aos da Convenção. Em segundo lugar, demonstra uma extrema inflexibilidade quanto ao princípio da confiança mútua, admitindo apenas que em “circunstâncias excecionais” um Estado-Membro verifique se outro respeita os direitos fundamentais garantidos pela União¹⁵⁵. O Tribunal defende que a adesão seria suscetível de comprometer o equilíbrio em que a União se funda, preterindo um caminho igualmente equilibrado num sentido mais protetor dos direitos fundamentais, que não seria sequer substancialmente diferente daquele a que os próprios Estados-Membros já se encontram individualmente adstritos por via da ratificação da CEDH.

Além do tão claro texto da Carta e dos Tratados, o próprio Tribunal de Justiça já reconheceu que o direito fundamental garantido pelo artigo 3.º da Convenção é parte integrante dos princípios da União Europeia e que a jurisprudência do TEDH deve ser tomada

¹⁵² REITEMEYER, Stefan e Benedikt Pirker, “Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR – One step ahead and two steps back”, in *European Law Blog*, 31 de março de 2015, disponível em <http://europeanlawblog.eu/?p=2731> (consultado a 13.07.2015)

¹⁵³ Parecer 2/13 do Tribunal de Justiça (Tribunal Pleno) de 18 de dezembro de 2014.

¹⁵⁴ Parecer 2/13, parágs. 184-189.

¹⁵⁵ *Idem*, parágs. 191-194.

em consideração na interpretação deste direito na ordem jurídica da União¹⁵⁶. O princípio da confiança mútua deveria ser seguramente objeto de maior escrutínio. Como vimos em *Bosphorus*, os Estados não se isentam da sua responsabilidade à luz da Convenção por transferirem poderes de soberania para uma organização internacional, devendo garantir que esta tem um nível de proteção dos direitos fundamentais no mínimo equivalente ao da Convenção. Como o TJUE afasta por completo qualquer controlo judicial das violações de direitos fundamentais por uma entidade externa, a presunção de proteção equivalente que *Bosphorus* impõe é refutada resultar numa proteção manifestamente insuficiente no caso concreto¹⁵⁷, um argumento a que o Tribunal Europeu dos Direitos do Homem poderá recorrer para reiterar que uma alteração substancial ao acordo de adesão neste sentido irá enfraquecer a proteção dos direitos fundamentais já consolidada na Europa.

Apesar de neste momento o Parecer ser apenas indicativo, visto que se limita à interpretação do texto do acordo de adesão, que certamente não virá a ser aprovado tal como se encontra hoje, demonstra uma posição do Tribunal de Justiça sobre aspetos essenciais da União que refletem uma abordagem específica à relação entre a CDFUE e a CEDH. Questionamo-nos necessariamente sobre o impacto que terá na atuação dos Estados-Membros em matéria de espaço de liberdade, segurança e justiça. Deverá esta perspetiva ser desde já usada na interpretação do corpo de direitos fundamentais da União? Ou deverão os Estados-Membros preparar-se antes para “ignorar” esta reflexão e tomar partido da proteção mais elevada dos direitos fundamentais independentemente da posição do Tribunal de Justiça?

A unidade e coerência da União Europeia não tem primazia sobre todas as possíveis normas, e é na verdade altamente questionável a sua primazia sobre qualquer direito considerado fundamental. A dignidade da pessoa humana está seguramente acima de todo o princípio que proteja meramente os interesses de uma instituição. Ademais, a Carta e os princípios subjacentes à União nunca se quiseram sobrepor a uma proteção mais elevada dos direitos fundamentais por cada Estado-Membro. O princípio da unidade nunca foi posto em causa por um Estado-Membro exigir uma proteção mais elevada dos direitos fundamentais do que outro, de tal modo que a base da cláusula de não transferência encontra a razão de ser na

¹⁵⁶ *Elgafaji contra Staatssecretaris van Justitie*, 17 de fevereiro de 2009, processo n.º C-465/07, parág. 28.

¹⁵⁷ LOCK, Tobias, *Will the empire strike back? Strasbourg's reaction to the CJEU's accession opinion*, VerfBlog, 30 de janeiro de 2015, disponível em <http://www.verfassungsblog.de/en/will-empire-strike-back-strasbourgs-reaction-cjeus-accession-opinion/#.VaPC-fmqry0> (consultado a 10.05.2015).

soberania do Estado, atribuindo-lhe uma margem de discricionariedade na decisão onde cabe perfeitamente a diferença de níveis de proteção no âmbito dos direitos humanos. Assim sendo, a UE não pode obliterar esta margem que sempre atribuiu aos Estados-Membros apenas por considerar que esse nível de proteção mais elevado advém de obrigações perante outra organização internacional – neste caso, a Convenção Europeia dos Direitos do Homem à luz da interpretação que lhe é dada pelo TEDH – devendo pelo contrário procurar beneficiar da dinâmica impulsionadora deste diálogo¹⁵⁸. Acresce que a assinatura da Convenção é muito anterior à União Europeia como a conhecemos hoje e mais ainda à CDFUE, e tem vindo a fortemente influenciar os sistemas de proteção dos direitos fundamentais das Partes Contratantes ao longo de seis décadas. A carga histórica, simbólica, substantiva e jurídica das obrigações que se impõem sobre os Estados-Membros são bastante mais coerentes e consolidadas do que os avanços tímidos, inconstantes e heterogéneos que a União tem vindo a realizar.

¹⁵⁸ MAIANI, Francesco, *Establishing a Common European Asylum System by Leaving European Human Rights Standards Behind: Is this the Way Forward?*, RefLaw, 4 de fevereiro de 2015, disponível em <http://www.reflaw.org> (consultado a 09.07.2015).

VI. CONCLUSÕES

O momento é tão mais premente quanto o custo humano de cada espera, e a cada vida que passa perdemos uma oportunidade de lhe ter dado um futuro. As razões para uma mudança nunca foram tão imperiosas e vemo-lo na agitação dos corredores de Bruxelas ao longo dos últimos meses, com os líderes europeus a procurar remediar em tempo útil as lacunas do sistema de acolhimento de requerentes de proteção internacional. Mas a partir do momento em que entram no território da União, continuam a compilar-se os difíceis enredos até encontrar a tão esperada proteção. O sistema de Dublin junta-se seguramente à teia. Com o intuito primário de melhor proteger os interesses dos próprios requerentes, de garantir que todo o pedido de asilo apresentado na União será avaliado, o sistema acaba por fechar os olhos às tremendas discrepâncias entre Estados-Membros nos procedimentos implementados, que conduzem a desigualdades inaceitáveis. A Comissão planeia proceder a uma avaliação e possível revisão do Regulamento de Dublin em 2016. Se resultar numa viragem significativa e na alteração das próprias bases do sistema de distribuição de requerentes, esperemos que sejam consideradas as aprendizagens que cresceram com o próprio Regulamento. Caso contrário aguardamos pelo menos a implementação dos mecanismos necessários para remediar a génese de Dublin, procurando que a presunção de respeito dos direitos fundamentais não seja a própria causa de violações.

Ademais, o problema que aqui surge não se relaciona com uma violação deliberada dos direitos fundamentais que seriam de presumir cumpridos com base no princípio da confiança mútua. A incapacidade de dar uma resposta efetiva às necessidades básicas dos requerentes de proteção internacional e de analisar os seus pedidos em tempo razoável decorre de fatores externos, alheios à vontade dos Estados. É influenciada por situações políticas, económicas ou sociais de países terceiros, pela posição geográfica de determinados Estados-Membros em fronteiras externas da UE com particular proximidade ou facilidade de acesso das vias migratórias, e que apenas se veem neste impasse por um sistema de atribuição da responsabilidade entre Estados-Membros que perpetua o excesso de requerentes face à capacidade de resposta do Estado. É pelas restrições do próprio sistema de Dublin, que resulta na maioria dos casos na atribuição da responsabilidade ao Estado-Membro pelo qual o requerente entrou no ESLJ, que surge à partida uma incrível disparidade de número de pedidos de asilo entre os Estados-Membros. Assim compete em último caso à própria UE suprir esta mesma disparidade, garantindo a efetivação do princípio da solidariedade entre Estados que, independentemente do modelo adotado para o efeito, proceda a uma justa

distribuição dos encargos que recaem sobre cada Estado-Membro. Seguindo esta linha de pensamento, o não cumprimento dos direitos fundamentais em determinado país, resultante de falhas sistémicas no procedimento e sistema de asilo que derivam de um desfasamento entre os pedidos de proteção e a capacidade de resposta aos mesmos, deve ser imputado à própria UE e não ao Estado-Membro em questão. Daí que qualquer levantamento da presunção de respeito pelos direitos fundamentais não deva ser considerada como pondo em causa o princípio da confiança mútua, mas antes até como um reforço do princípio da solidariedade de modo a manter um transversal respeito pelos direitos fundamentais na própria União Europeia.

Mantendo o Regulamento de Dublin, o texto deverá ser alargado para, pelo menos, ficar em linha com a jurisprudência fixada em *Tarakhel*. O segundo parágrafo do artigo 3.º n.º 2 do Regulamento deveria estender-se a impossibilidade de transferir um requerente a situações em que existam motivos válidos para crer que o requerente corre um risco real de sujeição a tratamento desumano ou degradante na aceção do artigo 4.º da CDFUE. Para comprovar a existência do risco será suficiente a comprovação de que há falhas sistémicas no procedimento de asilo e nas condições de acolhimento do Estado-Membro tido por responsável, mas poderão ser tidos em conta outros fatores, nomeadamente relacionados com especiais vulnerabilidades do requerente. Idealmente o Regulamento deveria ir ainda mais além, assumindo que será igualmente válida a existência de um risco real, sistémico ou individualizado, de violação de um direito fundamental absoluto ou restrição desadequada, desnecessária ou desproporcional de um direito fundamental relativo, especialmente quando atinja o núcleo essencial do direito e o Estado-Membro de destino não tenha capacidade de suprir a falha ou não demonstre suficientes garantias em como oferecerá a proteção adequada. Sem prejuízo, obviamente, dos procedimentos de infração e da responsabilidade que poderia daí decorrer.

Independentemente da adesão da União à Convenção Europeia dos Direitos do Homem, a verdade é que todos os seus Estados-Membros são igualmente Partes Contratantes desta última. Não é do interesse dos Estados-Membros estabelecer padrões de decisão contrários às obrigações internacionais que lhes são impostas, nem é tão pouco coerente com o padrão de proteção dos direitos humanos estabelecidos em lei primária pelos próprios Estados-Membros, a adoção de uma interpretação restritiva do âmbito de proteção do artigo

4.º da Carta dos Direitos Fundamentais¹⁵⁹. A própria hierarquia dos princípios subjacentes à União Europeia pode aqui ser questionada. Pretenderá o Tribunal de Justiça com o Parecer 3/2013 afirmar que o princípio da confiança mútua se sobrepõe aos outros princípios igualmente fundamentais, acolhidos pelo texto constitucional da União quando atribui o mesmo valor jurídico da Carta à dos Tratados, e nela incorpora os direitos fundamentais tal como protegidos pela Convenção?

Algumas das questões levantadas nesta dissertação apenas verão uma adequada resposta com os avanços legislativos e jurisprudenciais que surgirão num futuro próximo. Não tendo a capacidade de antever como desenvolverá o Tribunal de Justiça a sua jurisprudência, cabe-me ainda assim defender que deveria ser num sentido de convergência com as posições tomadas pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, em benefício dos Estados-Membros e em proteção dos requerentes de proteção internacional que não podem cair na instabilidade de critérios indeterminados e dúbios que prolongam o seu tempo de espera, e esperemos que mais além. A Europa que cresceu de uma vontade de combater a desunião tem alcançado um incrível desenvolvimento baseado na cooperação e solidariedade, mas mantemos sistematicamente o receio de estender demasiado a proteção aos estrangeiros da União, ao *outro* que desconhecemos, de abrir mão da soberania em nome do progresso. E esquecemo-nos frequentemente de que quanto mais a Europa cresce maior a sua responsabilidade de proteger os mais vulneráveis. Retomemos as fronteiras físicas que destruímos, para as edificar sobre a inultrapassável linha da dignidade humana.

¹⁵⁹ Em conexão com esta tendência que os Estados-Membros têm demonstrado na interpretação da Carta, SARMIENTO, Daniel, “Who’s Afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe”, in Common Market Law Review, vol. 50(5), 2013, pp. 1267-1304.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amnesty International, *The Human Cost of Fortress Europe. Human rights violations against migrants and refugees at Europe's borders*, 2014, disponível em www.amnesty.org/en/library/info/EUR05/001/2014/en (consultado a 15.02.2015);

BACELAR GOUVEIA, Jorge, *Manual de Direito Internacional Público*, 3ª edição, Coimbra: Almedina, 2010;

BOELES, Pieter et alii, *European Migration Law*, 2ª edição, Cambridge: Intersentia Ltd., 2014;

BOUTILLET-PAQUET, Daphné (dir.), *La protection subsidiaire des réfugiés dans l'UE : un complément à la convention de Genève?*, Bruxelas: Bruylant, 2002;

CABOT, Heath, *Asylum and Citizenship in Greece*, Pennsylvania: University of Pennsylvania Press, 2014;

Comissão Europeia, *Livro Verde sobre o futuro Sistema Europeu Comum de Asilo*, COM (2007) 301 final, 6 de junho de 2007;

Comissão Europeia, *Relatório da Comissão ao Parlamento Europeu e ao Conselho sobre a avaliação do sistema de Dublin*, COM (2007) 299 final, 6 de junho de 2007;

Comissão Europeia, *Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões relativa ao reforço da solidariedade na União Europeia no domínio do asilo*, COM (2011) 835 final, 2 de dezembro de 2011;

Comissão das Liberdades Cívicas, da Justiça e dos Assuntos Internos do Parlamento Europeu, *Relatório sobre o reforço da solidariedade na União Europeia no domínio do asilo*, 2012/2032(INI), 19 de julho de 2012;

CORNELISSE, Galina, "What's wrong with Schengen? Border disputes and the nature of integration in the area without internal borders", in *Common Market Law Review*, vol. 51(3), 2014, pp. 741-770;

COSTELLO, Cathryn, "Dublin-case NS/ME: Finally, an end to blind trust across the EU", in *Asiel&Migrantenrecht*, n.º 2, 2012, pp. 83-92;

COSTELLO, Cathryn, "Courting Access to Asylum in Europe: Recent Supranational Jurisprudence Explored", in *Human Rights Law Review*, vol. 12(2), 2012, pp. 287-339;

COSTELLO, Cathryn e Minos Mouzourakis, "Reflections on reading Tarakhel: Is 'How Bad is Bad Enough' Good Enough?", in *Asiel&Migrantenrecht*, n.º 10, 2014, pp. 404-411;

COUTINHO, Francisco Pereira, *Os Tribunais Nacionais na Ordem Jurídica da União Europeia: o caso português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013;

DEN HEIJER, Marteen, "Joined Cases C-411 & 493/10, N.S. v. Secretary of State for the Home

Department and M.E. and Others v. Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform”, in Common Market Law Review, vol. 49(5), 2012, pp. 1735-1753;

DOUGLAS-SCOTT, Sionaidh, “A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the Growing European Human Rights Acquis”, in Common Market Law Review, vol. 43(3), 2006, pp. 629-665;

European Council on Refugees and Exiles, *Report on the Application of the Dublin II Regulation in Europe*, ELENA (European Legal Network on Asylum), 2006, disponível em <http://www.ecre.org/component/downloads/downloads/108.html> (consultado a 15.02.2015);

European Council on Refugees and Exiles, *Position on the Implementation of the Dublin Convention, in the Light of Lessons Learned from the Implementation of the Schengen Convention*, 1 de dezembro de 1997, disponível em <http://www.refworld.org/docid/3df4d74f4.html> (consultado a 10.05.2015);

European Council on Refugees and Exiles, *The Impact of the EU Qualification Directive on International Protection*, Outubro de 2008;

EUROPEAN UNION AGENCY FOR FUNDAMENTAL RIGHTS, *Separated, asylum-seeking children in European Union Member States*, Luxembourg: Publications Office of the European Union, 2011;

GORTÁZAR, Cristina et alii (eds.), *European Migration and Asylum Policies: Coherence or Contradiction? An Interdisciplinary Evaluation of the EU Programmes of Tampere (1999), The Hague (2004) and Stockholm (2009)*, Bruxelas: Éditions Bruylant, 2012;

GREER, Steven, *The Margin Of Appreciation: Interpretation And Discretion Under The European Convention On Human Rights*, Human rights files no. 17, Estrasburgo: Council of Europe Publishing, 2000.

HENNESSY, Maria, *The Dublin system and the Right to an Effective Remedy – The case of C-394/12 Abdullahi*, 2013, disponível em <http://www.asylumlawdatabase.eu/en/journal/dublin-system-and-right-effective-remedy%E2%80%93case-c-39412-abdullahi> (consultado a 15.02.2015);

HUNT, Lynn, *Inventing Human Rights: A History*, Nova Iorque: W. W. Norton and Company, 2007;

KASSIMERIS, Christos e Lina Tsoumpanou, “The Impact of the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms on Turkey’s EU Candidacy”; in The International Journal of Human Rights, vol. 12(3), Junho de 2008, pp. 329–345;

LEYDET, Dominique, “Citizenship”, E.N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy* (Spring 2014 Edition), disponível em <http://plato.stanford.edu/archives/spr2014/entries/citizenship/> (consultado a 28.05.2014)

LOCK, Tobias, *Will the empire strike back? Strasbourg’s reaction to the CJEU’s accession opinion*, VerfBlog, 30 de janeiro de 2015, disponível em

<http://www.verfassungsblog.de/en/will-empire-strike-back-strasbourgs-reaction-cjeus-accession-opinion/#.VaPC-fmqry0> (consultado a 10.05.2015);

MAIANI, Francesco, *Establishing a Common European Asylum System by Leaving European Human Rights Standards Behind: Is this the Way Forward?*, RefLaw, 4 de fevereiro de 2015, disponível em <http://www.reflaw.org> (consultado a 09.07.2015);

MAIANI, Francesco, “The common european asylum system in an enlarged Europe - Memo for the next generation of EC asylum legislation”, José María Beneyto (dir.), *La Europa De Los Veinticinco: Desafíos Políticos Y Económicos*, Madrid: Editorial Dykinson, 2005;

MATHISEN, Ralph W., “Peregrini, Barbari, and Cives Romani: Concepts of citizenship and the legal identity of barbarians in the later Roman Empire”, in *The American Historical Review*, 111(4), 2006, pp. 1011-1040;

MCCALLIN, Margaret, “Refugee Children: the Need for an Integrated Approach towards their International Protection”, in Doek Jaap, Hans van Loon and Paul Vlaardingerbroek (Eds), *Children on the Move, How to Implement Their Right to Family Life*, Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 1995;

MCDONOUGH, Paul e Evangelia Tsourdi, *Putting solidarity to the test: assessing Europe's response to the asylum crisis in Greece*, New Issues in Refugee Research, Research Paper n.º 231, Genebra: UNHCR Policy Development and Evaluation Service, 2012;

MOLE, Nuala e Catherine Meredith, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Human rights files n.º 9, Council of Europe Publishing, 2010;

PEERS, Steve, *EU Justice and Home Affairs Law*, 3.^a edição, Oxford: Oxford University Press, 2010;

PEERS, Steve, “Tarakhel v Switzerland: Another nail in the coffin of the Dublin system?”, in *EU Law Analysis*, 5 de novembro de 2014, disponível em <http://eulawanalysis.blogspot.be> (consultado a 14.07.2015)

PEREIRA, André Gonçalves e Fausto de Quadros, *Manual de Direito Internacional Público*, 3.^a edição, Coimbra: Almedina, 1997;

PIÇARRA, Nuno (coord.), *A União Europeia segundo o Tratado de Lisboa. Aspectos centrais*, reimpressão, Coimbra: Almedina, 2013;

PIÇARRA, Nuno, “Direito da União Europeia: o espaço de liberdade, segurança e justiça”, in *Themis, Revista da Faculdade de Direito da UNL*, ano X(19), 2010, pp. 233-366;

REITEMEYER, Stefan e Benedikt Pirker, “Opinion 2/13 of the Court of Justice on Access of the EU to the ECHR – One step ahead and two steps back”, in *European Law Blog*, 31 de março de 2015, disponível em <http://europeanlawblog.eu/?p=2731> (consultado a 13.07.2015);

SARMIENTO, Daniel, “Who's Afraid of the Charter? The Court of Justice, national courts and the new framework of fundamental rights protection in Europe”, in *Common Market Law Review*, vol. 50(5), 2013, pp. 1267-1304;

SIDORENKO, Olga, *The Common European Asylum System – Background, Current State of Affairs, Future Direction*, Haia: T.M.C. Asser Press, 2007;

TAYLOR, Amanda, *Tarakhel v. Switzerland: Where does the Dublin system stand now?*, EDAL – European Database of Asylum Law, 4 de dezembro de 2014.

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

TRIBUNAL EUROPEU DOS DIREITOS DO HOMEM

- *Tyrer contra Reino Unido*, 25 de abril de 1978, queixa n.º 5856/72
- *Soering contra Reino Unido*, 7 de julho de 1989, queixa n.º 14038/88
- *Cruz Varas e Outros contra Suécia*, 20 de março de 1991, queixa n.º 15576/89
- *Vilvarajah e Outros contra Reino Unido*, 30 de outubro de 1991, queixas n.º 13163/87, 13164/87, 13165/87, 13447/87 e 13448/87
- *Chahal contra Reino Unido*, 15 de novembro de 1996, queixa n.º 22414/93
- *Chahal contra Reino Unido*, 15 de novembro de 1996, queixa n.º 22414/93
- *Ahmed contra Áustria*, 17 de dezembro de 1996, queixa n.º 25964/94
- *D. contra Reino Unido*, 2 de maio de 1997, queixa n.º 30240/96
- *Tatete contra Suíça*, 24 de junho de 1998, queixa n.º 41874/98
- *B.B. contra França*, 7 de setembro de 1998, queixa n.º 30930/96
- *T.I. contra Reino Unido*, 7 de março de 2000, queixa n.º 43844/98
- *Jabari contra Turquia*, 11 de julho de 2000, queixa n.º 40035/98
- *Kudla contra Polónia*, 26 de outubro de 2000, queixa n.º 30210/96
- *Chapman contra Reino Unido*, 18 de janeiro de 2001, queixa n.º 27238/95
- *Peers contra Grécia*, 19 de abril de 2001, queixa n.º 28524/95
- *Čonka contra Bélgica*, 5 de fevereiro de 2002, queixa n.º 51564/99
- *Ammari contra Suécia*, 22 de outubro de 2002, queixa n.º 60959/00
- *Müslim contra Turquia*, 26 de abril de 2005, queixa n.º 53566/99
- *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anonim Sirketi contra Irlanda*, 30 de junho de 2005, queixa n.º 45036/98
- *Bader e Kanbor contra Suécia*, 8 de novembro de 2005, queixa n.º 13284/04
- *Salah Sheekh contra os Países Baixos*, 11 de janeiro de 2007, queixa n.º 1948/04
- *Gebremedhin contra França*, 26 de abril de 2007, queixa n.º 25389/05
- *Saadi contra Itália*, 28 de fevereiro de 2008, queixa n.º 37201/06
- *N. contra Reino Unido*, 27 de maio de 2008, queixa n.º 26565/05
- *N.A. contra Reino Unido*, 17 de julho de 2008, queixa n.º 25904/07
- *K.R.S. contra Reino Unido*, 2 de dezembro de 2008, queixa n.º 32733/08

- *Budina contra Rússia*, 18 de junho de 2009, decisão n.º 45603/05
- *Othman (Abu Qatada) contra Reino Unido*, 17 de janeiro de 2011, queixa n.º 8139/09
- *M.S.S. contra Bélgica e Grécia*, 21 de janeiro de 2011, queixa n.º 30696/09
- *Sufi e Elmi contra Reino Unido*, 28 de junho de 2011, queixas n.º 8319/07 e 11449/07
- *Hirsi Jamaa e outros contra Itália*, 23 de fevereiro de 2012, queixa n.º 27765/09
- *Michaud v. France*, 6 de dezembro de 2012, queixa n.º 12323/11
- *Mohammed Hussein e outros contra Países Baixos e Itália*, 2 de abril de 2013, decisão n.º 27725/10
- *Daytbegova e Magomedova contra Áustria*, 4 de junho de 2013, decisão n.º 6198/12
- *Halimi contra Áustria e Itália*, 18 de junho de 2013, decisão n.º 53852/11
- *Abubeker contra Áustria e Itália*, 18 de junho de 2013, decisão n.º 73874/11
- *Miruts Hagos contra Países Baixos e Itália*, 27 de agosto de 2013, decisão n.º 9053/10
- *Mohammed Hassan e Outros contra Países Baixos e Itália*, 27 de agosto de 2013, decisão n.º 40524/10)
- *Hussein Diirshi e Outros contra Países Baixos e Itália*, 10 de setembro de 2013, decisão n.º 2314/10
- *Tarakhel contra Suíça*, 4 de novembro de 2014, queixa n.º 29217/12
- *Saba contra Itália*, 1 de julho de 2014, queixa n.º 36629/2010
- *Sharifi e Outros contra Itália e Grécia*, 21 de outubro de 2014, queixa n.º 16643/09
- *A.S. contra Suíça*, 30 de junho de 2015, queixa n.º 39350/13

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA

- *N.S. contra Secretary of State for the Home Department e M.E. contra Refugee Applications Commissioner, Minister for Justice, Equality and Law Reform*, 21 de dezembro de 2011, processos n.º C-411/10 e C-493/10
- *K contra Bundesasylamt*, 6 de novembro de 2012, processo n.º C- 245/11
- *Zuheyr Frayeh Halaf contra Darzhavna agentsia za bezhantsite pri Ministerskia savet*, 30 de maio de 2013, processo n.º C-528/11
- *MA contra Secretary of State for the Home Department*, 6 de junho de 2013, processo n.º C-648/11
- *Bundesrepublik Deutschland contra Kaveh Puid*, 14 de novembro de 2013, processo n.º C-4/11

- *Shamso Abdullahi contra Bundesasylamt*, 10 de dezembro de 2013, processo n.º C-394/12

TRIBUNAIS NACIONAIS

ALEMANHA

- VG Stuttgart, 4 de fevereiro de 2013, A 13 K 336/13
- VG Gelsenkirchen, 11 de abril de 2013, 5a L 258/13.A
- VG Gelsenkirchen, 17 de maio de 2013, 5a L 566/13.A
- VG Frankfurt, 9 de julho de 2013, julgamento n.º 7 K 560/11.F.A

REINO UNIDO

- *R vs Special Adjudicator ex parte Ullah and Do*, 17 de junho de 2004, julgamento [2004] UKHL 26
- *R vs Secretary of State of Home Department*, 19 de fevereiro de 2014, julgamento [2014] UKSC 12

ÍNDICE

I.	A Europa como destino: fronteiras e fortaleza (Introdução).....	1
II.	A fluidez das fronteiras políticas, jurídicas e físicas.....	5
II. 1.	Cidadão, estrangeiro e refugiado	5
II. 2.	Construção do Sistema Europeu Comum de Asilo.....	8
III.	Desenvolvimento do conceito de «falha sistémica».....	17
III. 1.	Construção jurisprudencial pelo tedh e pelo tjue.....	17
III. 2.	Linhas de interpretação divergentes quanto ao critério da existência de falhas sistémicas.....	22
IV.	A proibição de transferência de um requerente de proteção internacional ao abrigo do Sistema de Dublin	31
IV. 1.	De uma cláusula de soberania a uma obrigação de não transferência no Regulamento de Dublin III.....	31
IV. 2.	Obrigação de respeito pelos direitos fundamentais por parte dos Estados-Membros.....	34
IV. 3.	O âmbito de proteção da proibição de tortura e de penas ou tratamentos desumanos e degradantes	40
IV. 4.	A necessidade de prevenção de lesões irreparáveis e a proteção de pessoas especialmente vulneráveis	45
IV. 5.	Reenquadramento do conceito de “falhas sistémicas” na avaliação do risco individual e as consequências da obrigação de não transferência.	51
V.	Caminho para uma proteção integrada dos requerentes de proteção internacional na União Europeia	53
V. 1.	A incongruência genética do sistema de Dublin.....	53
V. 2.	Haverá espaço para outros direitos fundamentais?.....	56
V. 3.	Além de <i>Tarakhel</i> : Longe de uma sinergia entre tribunais europeus	62
VI.	Conclusão	69
	Referências Bibliográficas.....	73
	Referências Jurisprudenciais	77



Shaun Tan, *Là Où Vont Nos Pères*, Dargaud, 2007